



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Da Alienação Fiduciária em Garantia

**Estudo para a sua positivação
no ordenamento jurídico português**

Beatriz Queirós Ribeiro

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Escola de Direito do Porto

Da Alienação Fiduciária em Garantia

**Estudo para a sua positivação
no ordenamento jurídico português**

Beatriz Queirós Ribeiro

Dissertação de mestrado em Direito Privado, elaborada sob a orientação da

Professora Doutora Maria João Vaz Tomé

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018

À minha avó.

“E a minha ambição era trazer o universo ao colo
Como uma criança a quem a ama beija.”

Álvaro de Campos

Agradecimentos

À minha avó, a quem devo tudo o que sou hoje e tudo o que ainda serei um dia, pelo amor incondicional e por me ter proporcionado a oportunidade que nunca teve.

Às pessoas mais próximas, que se têm demonstrado pilares fundamentais na minha vida e que influenciaram, de forma determinante, o meu ímpeto final na realização desta dissertação.

À Professora Maria João Tomé, pelo seu apoio, disponibilidade pessoal e, sobretudo, por acreditar que seria possível.

Resumo

A utilização da propriedade com função garantística tem configurado, na sociedade moderna, um relevante mecanismo de concessão de crédito. Partindo desta premissa e da importância prática que assume no comércio jurídico atual, a presente dissertação versa sobre a alienação fiduciária em garantia enquanto figura geral, tendo em vista a análise da sua configuração nos termos do direito vigente, por forma a realizar um estudo suscetível de servir de base à sua posituação de *iure condendo*. Para tanto, procuramos demonstrar que se trata de um instituto lícito e idóneo para garantir um crédito, que assume contornos que se poderão afigurar favoráveis a ambos os contraentes. Não será, no entanto, de ignorar que se o negócio não respeitar determinados requisitos, designadamente formais, poderá contender com a segurança do tráfego jurídico e com a tutela do fiduciante. Concluímos pela admissibilidade desta figura à luz do direito português, na medida em que não fere princípios do Direito Civil. Assim, consideramos ser necessária uma regulamentação normativa que atenuie o carácter fiduciário do negócio, por forma a diminuir os riscos ínsitos à prestação da garantia pelo devedor e que, do mesmo modo, seja apta a assegurar um dos princípios fundamentais de um sistema de Direito: a segurança do tráfego jurídico.

Palavras-chave: alienação fiduciária em garantia; admissibilidade; função garantística; concessão de crédito; carácter fiduciário; posituação

Abstract

The use of the property with a guarantee function has, in modern society, configured a relevant mechanism for granting credit. Based on this premise and the practical importance it assumes in the current legal trade, this dissertation will address the fiduciary alienation in guarantee as a general figure, in order to analyse of its configuration under the terms of the current civil law, so as to carry out a study susceptible of serve as the basis for its positivation *de iure condendo*. Thus, we seek to demonstrate that this is a lawful and suitable institute to ensure a credit, which takes on contours that may appear favorable to both parties. However, it should not be forgotten that if the legal business does not comply with certain requirements, specially formal requirements, it may have to contend with the security of the legal traffic and with the guardianship of the trustor. We conclude by the admissibility of this figure in the light of Portuguese law, insofar as it does not violate principles of Civil Law. Therefore, we consider that regulatory legislation is necessary to mitigate the fiduciary nature of the business, in order to reduce the risks related to the provision of the guarantee by the debtor, and, by the same token, is capable of ensuring one of the fundamental principles of a system of law: the safety of legal traffic.

Keywords: fiduciary alienation in guarantee; admissibility; guarantee function; credit granting; fiduciary character; positivation

Índice

Advertências	11
Siglas e abreviaturas	12
Introdução	13
I. Enquadramento da alienação fiduciária em garantia.....	15
1. Breve alusão histórica: A fidúcia cum creditore	15
2. Estrutura fiduciária	16
3. Caracterização geral	17
4. Conceito.....	19
II. Admissibilidade à luz do Direito Português.....	20
1. Panorama jurídico.....	20
2. Análise crítica dos argumentos desfavoráveis.....	21
III. Âmbito negocial e posição dos contraentes.....	33
1. O âmbito do negócio	33
1.1. A relação de garantia.....	33
1.1.1. Aspetos formais.....	33
1.1.2. Estipulação	35
2. Natureza jurídica.....	36
3. O risco fiduciário	39
3.1. A violação do pactum fiduciae	39
3.2. A penhora do bem.....	41
3.2.1. No âmbito executivo	41
3.2.2. No âmbito insolvencial	43
IV. Breve análise de Direito Comparado.....	45
1. A fidúcia francesa: breve referência.....	45
2. O sistema alemão.....	46
3. A propriedade fiduciária brasileira	48

4. Possíveis contributos <i>de iure condendo</i>	49
V. A alienação fiduciária em garantia e as garantias reais tradicionais	54
1. A insuficiência das garantias reais	54
2. Principais vantagens da alienação fiduciária em garantia	55
Conclusão	57
Referências Bibliográficas.....	59

Advertências

Todas as referências legais sem indicação expressa do diploma legal a que se referem, reportar-se-ão ao Código Civil Português de 1966.

No que concerne às referências bibliográficas, nas notas de rodapé adotamos o sistema abreviado autor, data, página. Quanto às paginas web consultadas, uma vez que o seu conteúdo não se encontra organizado por páginas, adotamos o sistema autor, data. As referências completas poderão ser consultas na bibliografia final.

Siglas e abreviaturas

Ac. - Acórdão

Art./Arts. – Artigo/Artigo

At. - Atualizada

CC – Código Civil

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

C.Com- Código Comercial

CPC – Código de Processo Civil

DL – Decreto-lei

N.º - Número

Pág./Págs. – Página/Páginas

Proc. - Processo

Rev. – Revista

Ss. - Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vol. – Volume

Introdução

As crescentes necessidades criadas pelo desenvolvimento económico-social não têm sido indiferentes à criatividade jurídica. A despersonalização da relação creditícia e a massificação do recurso ao crédito têm originado a procura, pelos agentes económicos, de mecanismos suscetíveis de assegurar de forma plena a recuperação dos montantes mutuados.

A solução tem passado pela criação de inúmeros institutos nos quais a propriedade adquire função garantística, o que tem assumido uma enorme preponderância no comércio jurídico. De entre estes, encontra-se a alienação fiduciária em garantia, que tem vindo a revelar-se um importante mecanismo de concessão de crédito, o que se deve em grande medida à sua consagração no domínio dos acordos de garantia financeira, pelo DL nº 105/2004 de 8 de maio. Contudo, semelhante posituação não sucedeu fora deste âmbito restrito, pelo que é um contrato que, enquanto figura autónoma, funda a sua existência e extensão no princípio da liberdade contratual, previsto no art. 405º do CC.

Nesta medida, uma vez que se trata de um negócio atípico através do qual se procede à transferência da propriedade de um bem com causa de garantia, são várias as questões que merecem um tratamento adequado, sobre as quais nos debruçaremos no decurso da nossa exposição.

A nossa análise encontra-se dividida em cinco momentos essenciais: numa primeira fase, correspondente ao I capítulo, realizamos o enquadramento da alienação fiduciária em garantia. Aludimos, assim, à sua origem histórica - a *fiducia cum creditore* do Direito Romano – assinalando as profundas semelhanças entre as duas figuras, que levam a concluir pelo ressurgimento da *fiducia* adaptada à atualidade. Tendo em vista permitir uma melhor compreensão dos contornos que esta figura assume hodiernamente, logramos expor a sua caracterização em termos gerais, fazendo referência aos traços que definem este instituto. Pela sua importância prática, aludimos, de igual modo, a conceções doutrinárias de relevo nesta matéria, tendo em vista a formulação de um conceito que espelhe os seus elementos caracterizadores.

Por seu turno, no II capítulo, elencamos os principais argumentos que se insurgem contra a admissibilidade da alienação fiduciária em garantia no Direito Português - que,

durante muito tempo, se impuseram como um entrave ao seu recurso – e realizamos uma análise crítica aos mesmos.

No capítulo subsequente, partindo já da sua admissibilidade de *iure constituto*, analisamos aspetos particulares atinentes a este negócio. Neste âmbito, referimos a necessidade de observância de determinados requisitos de forma, tendo em vista salvaguardar a segurança do comércio jurídico. Debruçamo-nos, de igual modo, sobre a estipulação da garantia, mormente no que respeita ao instrumento jurídico em que é vertida e ao momento temporal em que poderá ser estabelecida. Temos ainda em consideração o risco fiduciário, que comporta a violação do *pactum fiduciae* e a penhora do bem alienado em garantia.

Já no IV capítulo, realizamos uma breve análise de direito comparado, tendo em vista extrair potenciais contributos dos regimes jurídicos plasmados nos ordenamentos em análise, por forma a alcançar soluções idóneas no âmbito do direito português, numa eventual positivação.

Por fim, no último capítulo aludimos à insuficiência patente nas garantias reais tradicionais nos dias de hoje e, do mesmo modo, apresentamos aquelas que serão, na nossa ótica, as principais vantagens deste instituto relativamente às mesmas.

I. Enquadramento da alienação fiduciária em garantia

1. Breve alusão histórica: A fidúcia cum creditore

A fidúcia, anterior ao penhor e à hipoteca, assume-se com toda a probabilidade como a mais antiga garantia de que há memória.¹

Como refere ALMEIDA COSTA, “tanto no sistema romano como no sistema germânico, a primitiva forma de direito real de garantia consistiu em atribuir-se ao credor a propriedade sobre um imóvel do devedor ou de terceiro, mas realizando-se essa transmissão de domínio sob condição de que o credor o restituísse quando a dívida fosse satisfeita.”²

Não obstante a importância assumida pela fidúcia germânica, cumpre atentar em especial na *fidúcia cum creditore*, de origem romana, porquanto foi a mesma que inspirou a alienação fiduciária em garantia.

De acordo com SANTOS JUSTO “A fidúcia (*fiducia*) é um contrato em que uma pessoa (*fiduciante*), utilizando um negócio formal (*mancipatio* ou *in iure cessio*), transfere a propriedade duma *res* para outra pessoa (fiduciário) que se obriga a restituí-la depois de realizado o fim definido num acordo não formal designado *pactum fideiucie*.”³

Através deste contrato, o credor (fiduciário) garantia o cumprimento da obrigação assumida pelo devedor (fiduciante), na medida em que, sendo pleno proprietário do bem, retiraria o poder de disposição ao devedor⁴.

Acresce que, perante o incumprimento da obrigação principal pelo devedor, era conferida ao credor a faculdade de satisfazer o seu crédito, quer pela conservação do bem no seu património, quer pela sua alienação a terceiro, restituindo àquele nesta última hipótese o eventual excedentes.

¹E já não, contrariamente ao entendimento de Menezes Cordeiro, ao mais antigo direito real de garantia. CORDEIRO [2008:63] Como bem entende Hugo Alves, a fidúcia “não determinava o nascimento de qualquer tipo de direito real, (*ius in re aliena*), uma vez que o direito adquirido pelo credor era o direito de propriedade.” ALVES [2010:35]

²COSTA [1994:765-766]

³JUSTO [2003:38]

⁴O desapossamento do bem não era exigível para a constituição da garantia, podendo este manter-se na esfera jurídica do devedor, se assim o previsse o pacto.

⁵MATTA [2007:530]

Também o fiduciante era digno de proteção, na eventualidade de cumprir a obrigação à qual se encontrava adstrito e o fiduciário obstar à retransmissão do bem. Nesta situação, poderia aquele lançar mão de uma *actio fiduciae* de caráter infamante ou, no caso de o bem dado em garantia se encontrar já na titularidade de terceiros – por força da sua transmissão pelo credor, em violação do *pactum* – emergiria na esfera jurídica do fiduciário o dever de reparar os danos causados.

Contudo, este instituto foi, paulatinamente, cedendo lugar a outras garantias, designadamente ao penhor e à hipoteca, até culminar no seu absoluto desuso durante vários séculos.

Hodiernamente, são muitas as semelhanças deste instituto com a alienação fiduciária em garantia. As necessidades sociais que o Direito visa acautelar originaram o seu ressurgimento, adaptado aos novos tempos.

2. Estrutura fiduciária

CARVALHO FERNANDES entende o negócio fiduciário como aquele “...em que o fiduciante aliena ao fiduciário determinado direito, limitando, porém, o exercício dos correspondentes poderes em função de determinado fim que visa prosseguir.”⁶

Neste âmbito, a alienação fiduciária em garantia configura um negócio fiduciário, no qual se limita a utilização da propriedade a um fim de garantia de um crédito.

O elemento fiduciário assente neste negócio traduz-se, segundo ORLANDO DE CARVALHO, “no «poder de abuso» derivado de ser a «fides» um elemento metajurídico, de «só de leal comportamento do fiduciário, e não de rigorosos meios de coação legal» se esperar a plena obtenção do escopo prático.”⁷⁸

Alude-se comumente à desproporção entre o meio utilizado (a transmissão da propriedade) e o fim visado (a prestação de uma garantia de um crédito), na medida em que a transmissão da propriedade não é *conditio sine qua non*, em termos jurídicos, para a obtenção do crédito e subsequente garantia do mesmo.

⁶FERNANDES [2004:247]

⁷CARVALHO [1953:105]

⁸Em sentido semelhante, GRASSETII [1936:355]

Entende DIOGO CAMPOS, que “Para a obtenção do resultado em vista, foi escolhida uma forma jurídica que concede, em princípio, uma proteção do credor superior à necessária, permitindo abusos. O que integra o seu caráter fiduciário.”⁹¹⁰

Todavia, como bem alertam MARIA JOÃO TOMÉ e DIOGO CAMPOS “os efeitos reais do negócio, seriamente queridos pelas partes, correspondem plenamente à pretensão económica das mesmas que, de outro modo, na ausência deste particular mecanismo, não poderiam, em geral, atingir o resultado visado.”¹¹¹²

Assim, no negócio fiduciário em garantia, o devedor prescinde da propriedade de um bem a favor de um credor, uma vez que tal garantia é indispensável para a obtenção de crédito nos termos pretendidos.

O pacto fiduciário limita, contudo, a sua utilização a um fim garantístico e estabelece a possibilidade de o devedor recuperar o bem, cumprindo a obrigação a que encontra adstrito. Permite-se, então, a consecução do objetivo primordialmente delineado pelos contraentes – o estabelecimento de uma garantia - sem que este se traduza numa posição de supremacia injustificada do credor.

3. Caracterização geral

Na alienação fiduciária em garantia, “podemos distinguir dois elementos necessários, correspondentes à transmissão da propriedade (elemento estrutural) e à finalidade da garantia (elemento funcional ou teleológico), e um elemento eventual, que se traduz na obrigação de retransmissão.”¹³

Neste instituto, uma vez que a transmissão da propriedade tem em vista um propósito meramente garantístico, não é retirada ao devedor/fiduciante a disponibilidade material do bem¹⁴. Pode, então, ser estabelecida uma convenção possessória entre as partes, designadamente o comodato ou a locação. Pode, ainda, ser constituído um direito de usufruto ou de uso¹⁵ a favor daquele.

⁹CAMPOS [1998:11]

¹⁰No mesmo sentido, VASCONCELOS [1995:260]

¹¹TOMÉ e CAMPOS [1999:200]

¹²Semelhante entendimento é defendido, entre nós, por Januário Gomes. GOMES [2000:88] Na doutrina italiana, *vide* GRASSETTI [1936:355]

¹³PIRES [2010:100]

¹⁴Sem prejuízo da possibilidade de convenção em contrário. Não parece, no entanto, que tal sirva os propósitos negociais visados pelas partes.

¹⁵*Ex vi* dos arts. 1440º e 1485º.

Quanto à transmissão da propriedade, diz-nos CATARINA PIRES que é necessariamente conformada por duas características fundamentais: precariedade e cariz nuclearmente limitado¹⁶.

A precariedade traduz-se no facto de a aquisição da propriedade pelo beneficiário da garantia não poder ter *a priori* carácter definitivo, já que “a satisfação da obrigação garantida implicará a retransmissão do bem ou do direito para a esfera jurídica do prestador da qual inicialmente proveio.”¹⁷

Fala-se a este propósito de uma propriedade temporária, cuja duração depende dos objetivos que presidiram à celebração do contrato¹⁸.

Por sua vez, o cariz nuclearmente limitado é suscitado pela emergência do pacto fiduciário, no qual se encontra plasmado o “programa obrigacional que modela a relação entre as partes e que lhe inculca um carácter fiduciário”¹⁹.

Segundo GALVÃO TELES, a imagem sugestiva deste negócio assenta no facto de que “por um lado se transfere, positivamente, o direito, mas por outro se procura, negativamente, sujeitar a sua utilização a um limite.”²⁰

Apesar de o direito de propriedade do fiduciário ser um direito limitado a uma função de garantia do crédito, diferentemente de GABRIELA DIAS²¹, pensamos que a sua propriedade é um direito pleno. Na verdade, a restrição ao direito – que consiste, precisamente, na sua limitação a um fim garantístico - assume um carácter meramente obrigacional, em cumprimento do disposto no art. 1306º.

A referida limitação, estabelecida pelo pacto fiduciário, incide sobre os poderes tendencialmente ilimitados que se encontrariam, de outro modo, ao dispor do proprietário do bem - o *ius fruendi*, *ius utendi* e *ius abutendi*.

Por seu turno, o devedor “adquire um direito (obrigacional) à restituição da coisa, que se condicionará ao cumprimento da obrigação garantida subjacente”²². Pode ainda ser aposta uma condição resolutiva ao negócio, através da qual, por efeito do

¹⁶PIRES [2010: 91-92]

¹⁷PIRES [2010:91]

¹⁸TOMÉ e CAMPOS [1999:240]

¹⁹PIRES [2010:91-92]

²⁰TELES [1965:176]

²¹DIAS [2007:444]

²²GRAÇA [2010: 85]

cumprimento, o fiduciante readquirirá, *ipso iure*, a propriedade²³. A estipulação da condição permitirá, assim, conferir maior proteção ao fiduciante²⁴.

Segundo GALVÃO TELES, “a par dos contratos obrigacionais puros e dos contratos reais puros existem outros (...) que participam das características das duas modalidades.”²⁵

Parece-nos que a alienação fiduciária em garantia configura, precisamente, um desses contratos. Sem embargo de ter como efeito imediato a transmissão da propriedade do bem impõe, de igual modo, uma obrigação ao fiduciário: uma utilização concreta da mesma.

A particularidade deste negócio consiste, segundo ROPPO “no facto de os efeitos reais e os efeitos obrigacionais produzidos terem (...) um mesmo objecto: a coisa que constitui objecto da transferência.”²⁶

Trata-se, portanto, de um negócio que desempenha uma função de crédito e garantia e que poderá ter um carácter mais ou menos fiduciário consoante o risco que, concretamente, se encontrar ínsito ao contrato celebrado²⁷.

4. Conceito

São várias e conhecidas na realidade jurídica as dificuldades inerentes à conceptualização. Ainda assim, julga-se de relevo tentar extrair um conceito de alienação fiduciária em garantia que espelhe os seus elementos caracterizadores.

MENEZES LEITÃO entende que a “alienação fiduciária em garantia consiste na situação que se verifica quando o devedor ou um terceiro procede à alienação de um bem para o credor, para garantia de cumprimento de uma obrigação, vinculando-se o credor a apenas utilizar esse bem para obter a realização do seu crédito, devendo o

²³Em sentido contrário, José González considera não ser possível apor ao negócio uma condição resolutiva. GONZÁLEZ [2014: 63]. Não podemos, no entanto, concordar com este entendimento. Nada impede, à luz do direito vigente, a aposição desta cláusula acessória a um negócio de alienação, pelo que não se compreende o motivo de ser defensável que tal não possa suceder neste contrato.

²⁴Neste sentido, BOTTINI e LAVARAZZI [2012:243]

²⁵TELES [1982:64]

²⁶ROPPO [2004:217]

²⁷O carácter fiduciário será tanto maior quanto menores forem os poderes atribuídos ao fiduciante, relativamente ao uso, fruição e possibilidade de recuperação do bem por ele alienado.

mesmo ser restituído ao alienante em caso de cumprimento da obrigação que serve de garantia.”²⁸

Para PESTANA DE VASCONCELOS, este negócio assenta na “transmissão plena de um direito a um sujeito, que este está obrigado a exercer de determinada forma e, posteriormente, verificando-se determinadas circunstâncias, a retransmitir.”²⁹

Segundo CATARINA PIRES, é o “negócio nos termos do qual um sujeito (prestador da garantia) transmite a outro (beneficiário da garantia) a titularidade de um bem ou de um direito, com a finalidade de garantia de um crédito, ficando o beneficiário da garantia obrigado, uma vez extinta esta finalidade, a retransmitir-lhe aquela mesma titularidade.”³⁰

Da análise das várias construções jurídicas, elencadas *supra*, poder-se-á definir a alienação fiduciária em garantia como o negócio atípico³¹ através do qual o devedor transmite um bem ou um direito a um seu credor, em garantia do cumprimento de uma obrigação que contraiu perante este, ficando a sua utilização limitada a um fim garantístico e cujo adimplemento origina a obrigação de o restituir ou, ainda, a sua retransmissão *ipso iure*. Para tanto, o fiduciário reserva os poderes plenos atribuídos pela propriedade para a hipótese de consolidação da plena *potestas* na sua esfera jurídica no caso de incumprimento pelo fiduciante.

II. Admissibilidade à luz do Direito Português

1. Panorama jurídico

A alienação fiduciária assume-se, no nosso ordenamento jurídico, como uma *vexata quaestio*.

Durante muito tempo, foram diversas as vozes que se insurgiram contra a licitude deste negócio. Segundo PESTANA DE VASCONCELOS, “o recurso a estes negócios fiduciários era, até há recentemente, pouco comum na prática comercial, não porque se

²⁸LEITÃO [2012: 233-234]

²⁹VASCONCELOS [2010:511]

³⁰PIRES [2010:99]

³¹Por oposição aos contratos típicos, na medida em que não dispõe de uma disciplina legal que o regule. VASCONCELOS [1995:207-210]

não lhes reconhecessem vantagens (...) mas devido às sombras de ilicitude que pairavam sobre esta categoria negocial.”³²

Invocaram-se, pois, argumentos de diversa ordem. Disse-se, desde logo, que a causa fiduciária não seria reconhecida, de *iure constituto*, como causa de transmissão da propriedade. Afirmou-se, também, tratar-se de um negócio simulado. Referiu-se, depois, que o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais impediria a limitação da propriedade a uma função garantística. Mencionou-se, igualmente, estar em causa a violação de uma norma legal imperativa, *maxime*, da proibição do pacto comissório. Falou-se ainda da atribuição de uma causa ilegítima de preferência.

Todavia, por imposição comunitária, o DL n° 105/2004, de 08/05 - ao transpor a Diretiva n° 2002/47/CE - consagrou a alienação fiduciária em garantia no âmbito dos contratos de garantia financeira, o que configurou um notável avanço na prática bancária e financeira. Já enquanto figura geral e autónoma (excetuando-se deste âmbito) não dispõe de consagração normativa.

A evolução doutrinal e jurisprudencial³³ revela uma tendência no sentido da sua admissibilidade, sobretudo a partir da transição do Código Civil de Seabra para o atual CC³⁴. O recurso à alienação fiduciária em garantia tem vindo a aumentar, com base no princípio da liberdade contratual (art. 405º) que permite às partes celebrar negócios atípicos³⁵.

Os argumentos *supra* enunciados continuam, porém, a merecer uma análise crítica, na medida em que poderão contender, em certa medida, com a sua consagração normativa.

2. Análise crítica dos argumentos desfavoráveis

Um dos argumentos desfavoráveis à admissibilidade deste negócio tem origem na tese de BELEZA DOS SANTOS, acérrimo defensor da incompatibilidade deste negócio com um sistema jurídico causal como o nosso. Na ótica deste autor, a natureza

³²VASCONCELOS [2010:505-506]

³³A título exemplificativo, *vide* o Ac. do STJ de 16-3-11.

³⁴FERNANDES [2004:259]

³⁵“É figura que, assim, de um modo geral, apenas pode fundar a sua existência, extensão e admissibilidade no princípio da liberdade contratual”. GONZÁLEZ [2014:54]

fiduciária do negócio resultaria na sua estrutura abstrata e, assim, inadmissível à luz do Direito Português³⁶.

Defende esta doutrina que os negócios transmissores da propriedade têm que assentar numa causa legalmente prevista, o que naturalmente não sucede neste negócio. Diz-nos MARGARIDA ANDRADE que “A lei liga a transferência da propriedade sobre uma coisa à recepção de uma quantia em dinheiro (na compra e venda), a uma vontade de beneficiar o adquirente (na doação) ou ao recebimento de uma outra coisa (na permuta).”³⁷

BELEZA DOS SANTOS entendeu que se verifica na alienação fiduciária em garantia - referindo-se, contudo, à venda em garantia³⁸ - “(...) uma falta de coincidência entre o seu fim económico e a sua configuração jurídica (...)”³⁹ que, por esse motivo, culminaria na nulidade do pacto fiduciário, que se repercutiria em todo o negócio⁴⁰.

PAIS DE VASCONCELOS refere que “Tem razão o Professor BELEZA DOS SANTOS quando afirma que a venda em garantia não corresponde à causa (no sentido em que utiliza esta expressão) própria da compra e venda. Mas erra a julgá-la, por isso, inadmissível no nosso sistema. Deveria ter concluído, sim, que se não trata de uma compra e venda, mas de outro negócio”⁴¹.

Prevê o art. 874º, “Compra e venda é o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa ou outro direito, mediante um preço.”

A obrigação de pagamento do preço é, então, um elemento essencial do contrato de compra e venda. Se as partes estipularem “uma obrigação cujo objeto seja um *dare* de coisa diferente de dinheiro ou um *facere*, poderá haver outro contrato, típico ou atípico, mas não haverá compra e venda.”⁴²

Assim, se as partes celebrarem um contrato e o designarem por compra e venda, na eventualidade de não resultar do mesmo a obrigação de pagamento do preço,

³⁶SANTOS [1921:120-124]

³⁷ANDRADE [2009:71]

³⁸Quanto à venda em garantia, José González alerta que corresponde à representação mais comum da alienação fiduciária em garantia, na qual “o devedor vende ao credor um bem que antes lhe pertencia mas este último não paga efectivamente o preço convencionado porque ele corresponde (efectivamente ou por declaração das partes) ao montante do crédito.” GONZÁLEZ [2014:57]

³⁹SANTOS [1921:136]

⁴⁰SANTOS [1921: 124]

⁴¹VASCONCELOS [1985:54]

⁴²VENTURA [1987:606-607]

estaremos, indiscutivelmente, perante um contrato de alienação na medida em que procede a transferência da propriedade de um bem, mas já não de um contrato de compra e venda⁴³.

A alienação fiduciária em garantia configura um negócio atípico com uma causa jurídica igualmente atípica, mas não por isso menos válida. À luz do direito constituído, a existência de causas típicas de transmissão não implica que todo e qualquer negócio de transmissão tenha que as comportar, sob pena de invalidade. Isto será assim uma vez que inexiste, no nosso ordenamento jurídico, um *numerus clausus* de tipos negociais ou causas negociais⁴⁴.

Para FERREIRA DE ALMEIDA – na esteira de CARVALHO FERNANDES⁴⁵ - não só não falta à alienação fiduciária em garantia uma causa de transmissão como, do mesmo modo, não se colocam óbices ao seu reconhecimento jurídico, na medida em que “é a garantia, e não a fidúcia, que serve como função económico-social do contrato.”⁴⁶

Segundo GALVÃO TELES, a causa negocial nos contratos fiduciários é uma causa *fiduciae*, entendida como “finalidade económico-jurídica informadora de certa modalidade contratual.”⁴⁷

Na nossa opinião, uma vez que a transferência da propriedade tem em vista assumir a função garantística de um crédito, será a garantia e não a fidúcia o fim último do contrato celebrado. A fidúcia surge enquanto motivo suficiente para a transmissão, mas já não como causa da alienação.

A transferência da titularidade do bem do fiduciante para o fiduciário tem escopo de garantia e a garantia, em si mesma, é razão de ser suficiente, surgindo como uma causa económico-social, lícita e idónea para a transmissão.

Há outrossim quem entenda que subjaz à alienação em garantia uma simulação. As partes, ao celebrar o negócio, não pretenderiam a transmissão da propriedade, mas apenas a constituição de uma garantia a favor do credor⁴⁸.

⁴³O que não obsta à eventual de aplicação dos preceitos da compra e venda ao negócio concretamente celebrado, nos termos do art. 939º.

⁴⁴VASCONCELOS [1985:55]

⁴⁵FERNANDES [2004:252]

⁴⁶ALMEIDA [2011:312]

⁴⁷TELES [1965:184]

Seria esta a posição de MANUEL DE ANDRADE ao afirmar que “quanto à transmissão fiduciária com escopo de administração ou alienação (...) o tratamento próprio da simulação é bastante.”⁴⁹

Também GALVÃO TELES não afasta a possibilidade de simulação no caso de bens imobiliários, cuja alienação impõe a observância de escritura pública. Este autor afirmou ser frequente “querendo fazer-se uma alienação fiduciária, indicar-se outra causa, puramente fictícia ou simulada.”⁵⁰

Em sentido contrário, BELEZA DOS SANTOS concluiu que nos atos fiduciários “não existe, ao contrário do que se dá nos segundos [negócios simulados], uma divergência entre a vontade real e declarada com o intuito de enganar terceiros. A vontade manifesta-se neles tal qual é: quiere-se realizar a transmissão de um direito real ou de um crédito, mas que o adquirente não use do direito transmitido, senão para um certo fim.”⁵¹

JOSÉ GONZALEZ entende que, contrariamente ao que se verifica no negócio simulado, “Neste, a eficácia derivada do negócio celebrado é pretendida, mas, por causa da cláusula fiduciária, pressupõe-se (espera-se) que o fiduciário não exerça, ao menos, uma parcela dos poderes que o fiduciante lhe concedeu através daquele.”⁵²

Já PAIS DE VASCONCELOS afirma que uma interpretação do negócio que tenha em consideração “a intenção íntima interior psicológica”⁵³, enquanto vontade negocial das partes, concluirá pela inexistência de “qualquer divergência entre a vontade real e a vontade declarada.”⁵⁴

Quanto a nós, não restam dúvidas de que o alienante pretende de facto transmitir a propriedade, ainda que com as restrições estabelecidas no *pactum*, pelo que o pressuposto primordial da simulação – a divergência entre a vontade real e a vontade declarada – não se verifica.

⁴⁸São requisitos da simulação a divergência entre a vontade real e a vontade declarada, o conluio entre declarante e declaratário e o intuito de enganar terceiros (art. 240º n.º1).

⁴⁹ANDRADE [1992: 178-179]

⁵⁰TELES [1965:183]

⁵¹SANTOS [1921:144]

⁵²GONZÁLEZ [2014:121]

⁵³VASCONCELOS [1985: 65]

⁵⁴VASCONCELOS [1985:66]

Ainda que as partes celebrem um contrato que, incorretamente, denominem como compra e venda – quando na verdade visam antes o escopo garantístico da alienação – não parece ter êxito a tese da simulação, na medida em que, vertendo no pacto fiduciário as limitações pretendidas, afigura-se inegável que a vontade real das partes se encontra declarada. Parece que o problema reside antes na errada subsunção do negócio celebrado ao tipo contratual indicado pelas partes. Numa palavra: de qualificação jurídica – que, como se sabe, não vincula o intérprete⁵⁵⁵⁶.

Do exposto não resulta o afastamento da possibilidade de o negócio poder ser, no caso concreto, simulado. É, todavia, um risco que se verifica em todo e qualquer negócio jurídico e não uma característica do contrato de alienação fiduciária em garantia.

Quanto ao princípio do *numerus clausus*, entende CARVALHO FERNANDES ser “o mais sério obstáculo à consagração dos negócios fiduciários”⁵⁷.

De acordo com o art. 1306º “Não é permitida a constituição, com caráter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem caráter obrigacional.”

Segundo JOSÉ VIEIRA “os particulares não são admitidos a criar as figuras com natureza real que lhes aprouver, vendo a sua autonomia privada restringida à possibilidade de escolha dos direitos reais previstos na lei”⁵⁸.

Neste sentido, PIRES LIMA E ANTUNES VARELA ensinam que “O negócio de constituição de um direito real não previsto na lei é pois, nulo se dele resultar um parcelamento da propriedade, e produz efeitos obrigacionais, se dele nascer uma pura restrição obrigacional.”⁵⁹

⁵⁵De facto, “a qualificação de um contrato não depende tanto do *nomen iuris* com que as partes o baptizaram, no momento da celebração.” MARQUES [2001:580]

⁵⁶Por seu turno, se o pacto fiduciário for oculto (designadamente por ter sido celebrado verbalmente), pese embora não seja possível vislumbrar a finalidade de garantia da alienação, não se poderá ainda assim dizer que estamos perante um negócio simulado, porquanto não se encontram preenchidos os requisitos do art. 240º.

⁵⁷FERNANDES [2004:268]

⁵⁸VIEIRA [2008:206]

⁵⁹LIMA E VARELA [1984: 95]

Na alienação fiduciária em garantia, não subsiste qualquer limitação ao direito de propriedade transmitido ao credor. A sua posição será a de “um verdadeiro proprietário pleno, vinculado apenas obrigacionalmente pelo «*pactum fiduciae*».”⁶⁰⁶¹

Apenas se poderia considerar estar perante um negócio celebrado em violação do princípio do *numerus clausus* no caso de o *pactum fiduciae* estabelecer uma restrição oponível *erga omnes*, o que não se verifica. Segundo FERREIRA DE ALMEIDA, “o argumento não é decisivo se o direito real for a propriedade, mas as restrições a que o contrato lhe imprime tiverem apenas natureza obrigacional.”⁶²

Afigura-se ainda relevante levar em linha de conta outras figuras em que a propriedade assume função de garantia, como a venda com reserva de propriedade (art. 409º). Também aqui se verifica a limitação dos poderes do proprietário⁶³. Por identidade de razão, não se veem motivos para que na alienação fiduciária em garantia tal limitação não seja admissível, lícita e válida.

Diferentemente do que se encontra plasmado no Preâmbulo do DL 105/2004, de 08/05, pensamos que a consagração legal da alienação fiduciária em garantia no âmbito dos contratos de garantia financeira não configura um alargamento ao princípio do *numerus clausus*. O facto de o contrato de alienação em garantia ser, como é referido, “uma nova forma de transmissão da propriedade”, não colide com aquele princípio uma vez que não vigora, no nosso sistema jurídico, qualquer taxatividade do *modus* de transmissão dos direitos reais⁶⁴.

Segundo ANTUNES VARELA⁶⁵, o princípio da tipicidade dos direitos reais implica que só valham como direitos reais aqueles que se encontram catalogados na lei, nos precisos termos aí previstos.

O mesmo princípio não se entende aos tipos contratuais aptos a produzir esse efeito constitutivo ou translativo, que são antes regidos pelo princípio da atipicidade,

⁶⁰VASCONCELOS [1995:276]

⁶¹Em sentido contrário, considerando que a posição do fiduciário não pode ter natureza real, *vide* CORDEIRO [2008:630]

⁶²ALMEIDA [2011:313]

⁶³Conforme entendeu o STJ, no Ac. de 30-9-2014, na reserva de propriedade “apesar da designação de “propriedade”, não confere ao titular o poder de uso, fruição ou disposição de um verdadeiro proprietário, visando antes assegurar ao vendedor o pagamento do preço.”

⁶⁴VASCONCELOS [1995:274], ASCENSÃO [1968:168], MATTA [2007:544], VASCONCELOS [2010:531]

⁶⁵VARELA [2003:186-187]

como aliás resulta do art. 408º⁶⁶. Ao abrigo do princípio da autonomia privada⁶⁷, qualquer contrato é suscetível de constituir, modificar ou extinguir direitos reais⁶⁸.

Não será então de acolher este argumento, porquanto não se verifica qualquer violação ao art. 1306º. Assim, “A tipicidade dos direitos reais não impede a validade e a eficácia dos contratos fiduciários.”⁶⁹

Alguns autores - designadamente GALVÃO TELES⁷⁰- consideram ainda que a alienação fiduciária em garantia traduz uma fraude à lei, por pretender um resultado que é vedado pelo direito vigente.

Neste âmbito, MENEZES CORDEIRO, entende que este negócio “pode suscitar problemas de nulidade, por contundir com a proibição dos pactos comissórios⁷¹.

O pacto comissório é a convenção através da qual o credor, perante o incumprimento do devedor, se pode apropriar do bem dado em garantia como forma de satisfação do seu crédito.⁷²

Como defende GABRIELA DIAS⁷³ - acompanhando a doutrina maioritária -, embora a proibição de o credor fazer sua a coisa dada em garantia apenas se encontre expressamente prevista no âmbito das garantias reais⁷⁴, não é uma realidade que se restrinja a este plano limitado⁷⁵.

A extensão da proibição do pacto comissório abrange, de igual modo, o pacto comissório autónomo⁷⁶, assim designado por não se encontrar ligado a uma garantia real.

⁶⁶“Não sendo típicos os negócios reais, nada impede a criação de um negócio atípico e inominado de transmissão de propriedade.” VASCONCELOS [1985:38]

⁶⁷Entendida como o “poder que os particulares têm de fixar, por si próprios, a disciplina juridicamente vinculativa dos seus interesses.” VARELA [2003:231-232]

⁶⁸GRAÇA [2010: 80]

⁶⁹VASCONCELOS [1995:276]

⁷⁰TELES [1965:194]

⁷¹CORDEIRO [2008:630]

⁷²MATOS [2006:26]

⁷³DIAS [2007:438]

⁷⁴O art, 694º, sob a epígrafe “Pacto comissório”, previsto no âmbito da hipoteca, aplica-se aos privilégios creditórios e ao penhor, por força dos arts. 753º e 678º,

⁷⁵A mesma posição é seguida por Scozzafava, ancorado na doutrina de Pugliatti, SCOZZAFAVA [2006:18]

⁷⁶GOMES [2000:94-95]. Na doutrina italiana, *vide* POMPEO [2010:135]

A teleologia da proibição é, nas palavras de JANUÁRIO GOMES, “plúrima e complexa”⁷⁷. Assenta, entre outros motivos, em evitar o locupletamento injustificado do credor à custa do devedor⁷⁸, pelo que a *ratio* da proibição se verifica.

A proibição do pacto comissório é um princípio geral do ordenamento jurídico, daí que se deva aplicar a figuras para as quais não se encontre expressamente prevista, através da analogia *iuris*.

Também o facto de na alienação fiduciária em garantia – contrariamente ao pacto comissório – a propriedade ser transmitida *ab initio* ao credor, não afasta a aplicação da proibição, já que o momento temporal em que tal sucede não é determinante⁷⁹.

Nesta medida, CALVÃO DA SILVA⁸¹ sufragou o entendimento de que a alienação fiduciária em garantia não é válida, pois defrauda a proibição do pacto comissório. No entanto, posteriormente reconheceu a validade do pacto marciano “a fim de evitar uma vantagem injustificada para o credor”⁸².

Como entende ISABEL MATOS, “salvaguardada a apontada equivalência entre o valor do bem alienado e o quantum do débito, nenhum obstáculo haverá à admissibilidade da alienação em garantia”⁸⁴. Também MARGARIDA ANDRADE apela à necessidade de “controlo de proporcionalidade entre o valor objecto da garantia e o valor da dívida garantida.”⁸⁵

Assim, de modo semelhante ao que se verifica no âmbito dos acordos de garantia financeira, deve garantir-se uma justa avaliação do bem⁸⁶- que permitirá o reequilíbrio

⁷⁷GOMES [2000:94]

⁷⁸FERNDANDES [2004:271]

⁷⁹Neste sentido, GOMES [2004:69-70]

⁸⁰Bem como o pacto comissório *ex intervallo*, celebrado após o nascimento do crédito que se visa garantir. GOMES [2004:71]

⁸¹SILVA [2000:91]

⁸²SILVA [2013:238]

⁸³Em sentido contrário, Vaz Serra defendeu que a proibição legal deve ser extensível às situações em que o credor se obriga a entregar o excedente resultante da diferença entre o valor da coisa e o valor do crédito, tendo sido esta a posição consagrada no art. 223º nº4 do Anteprojeto, em 1960. VAZ SERRA [1960:82]

⁸⁴MATOS [2006:193]

⁸⁵ANDRADE [2007:71]

⁸⁶Discordamos, assim, do preceituado pelo legislador no preâmbulo do DL 105/2004, que considera existir neste diploma a aceitação do pacto comissório.

do sinalagma negocial⁸⁷ - e proceder à eventual restituição do excedente entre a quantia mutuada e o valor do bem dado em garantia. Nisto consiste o pacto marciano⁸⁸.

Nas palavras de JÚLIO GOMES “é imperativo, para que se trate de um pacto marciano, que este preveja um mecanismo neutro e objectivo de avaliação do valor do bem no momento do incumprimento, o qual consistirá na nomeação de comum acordo de um terceiro como avaliador”⁸⁹, pelo que apenas nestes termos escapará o negócio ao âmbito da proibição imperativamente estabelecida⁹⁰.

Não merece então reparo PAIS DE VASCONCELOS ao afirmar que, “Se é verdade que o intuito de defraudar a proibição do pacto comissório pode ocorrer, também pode ser que não ocorra”⁹¹, impondo-se uma análise casuística, e já não a consideração *a priori* de que se trata de um negócio inválido.

Quanto ao argumento da atribuição de uma causa ilegítima de preferência, entende FERREIRA DE ALMEIDA que a lei “circunscreve as causas legítimas de preferência àquelas que a mesma lei prevê e, entre elas, não consta o direito de propriedade, enquanto direito real de garantia.”⁹²

Para esta doutrina, a transmissão da propriedade de um bem para um credor como garantia de um crédito será lesiva para os restantes credores, originando, de acordo com JANUÁRIO GOMES, a “institucionalização de «castas» entre os credores, fora das vias transparentes e objetivas que justificam as excepções ao princípio *par conditio creditorum*.”⁹³

Este argumento não é, à semelhança dos restantes, imune a críticas. Com efeito, não parece que por causas legítimas se deva entender causas legais, “mas antes causas cuja admissibilidade não seja contrariada por norma imperativa do sistema jurídico.”⁹⁴

Assim, sendo certo que o direito de propriedade não é um direito real de garantia, menos certa não será a admissibilidade da sua utilização, precisamente, com função de

⁸⁷MARQUES [2001:607-608]

⁸⁸Na doutrina italiana, *vide* POMPEO [2010:135]

⁸⁹GOMES [2008:71]

⁹⁰No mesmo sentido, FERNANDES [2004:271]

⁹¹VASCONCELOS [1985:67]

⁹²ALMEIDA [2011:314]

⁹³GOMES [2000:94]

⁹⁴PIRES [2010: 217]

garantia, na medida em que não se vislumbra no seio do direito vigente qualquer disposição normativa em sentido contrário.

Ademais, não se poderá considerar que os restantes credores do fiduciante são lesados, de modo irreversível, com a alienação em garantia de um determinado bem daquele, na medida em que a lei tutela a sua posição nos termos gerais.

No domínio insolvencial, mediante o recurso à interpretação extensiva do art. 121º do CIRE, o administrador da insolvência poderá resolver o negócio de garantia em benefício da massa⁹⁵.

Se a *ratio* desta disposição visa impedir a atribuição de um benefício a um credor em detrimento dos restantes, naquele lapso temporal anterior ao início do processo de insolvência, mediante a constituição de uma garantia real, “por maioria de razão, o mesmo se dirá daquelas garantias que concedam ao credor um tratamento ainda mais favorável do que aquele que resulta do funcionamento da modalidade de garantia a que a letra da lei se refere.”⁹⁶

Acresce ainda, fora do âmbito do processo de insolvência, a possibilidade de recurso à ação de impugnação pauliana, prevista no art. 610º e ss.

Esta posição era já defendida por VAZ SERRA que entendia que “se com o negócio fiduciário, se lesam os interesses dos credores do fiduciante, poderão estes (...) lançar mão da impugnação pauliana.”⁹⁷

Conforme dispôs JOÃO MARIANO “Constituindo os valores ativos penhoráveis do património do devedor a garantia geral do cumprimento das obrigações por ele assumidas (...) qualquer acto que enfraqueça essa garantia pode ser atacado pelos credores comuns, desde que se verifiquem os requisitos de exercício da impugnação pauliana, estabelecidos nos arts. 610.º a 613.º do C.C.”⁹⁸

A alienação do bem poderá então ser impugnada judicialmente e, caso seja julgada procedente, o bem restituído ao credor que a intentou, na medida do seu interesse (art. 616º).

⁹⁵Não sendo exigida a má-fé do terceiro adquirente. FERNANDES e LABAREDA [2005:437]

⁹⁶VASCONCELOS [2010:519]

⁹⁷SERRA [1955:174]

⁹⁸MARIANO [2004:97]

Mais se diz que as próprias garantias reais nem sempre constituem vias transparentes e objetivas de atribuição de causas legítimas de preferência, pelo que também este argumento não poderá implicar a inadmissibilidade da alienação em garantia, destacando-se, neste âmbito, os privilégios creditórios.

Como bem ensina MIGUEL PIRES, uma vez que “em caso algum se condiciona a validade ou eficácia do privilégio a qualquer formalidade, (...) pode gerar sérios inconvenientes a nível da falta de publicidade, com natural prejuízo para os demais credores, surgindo os privilégios como garantias ocultas.”⁹⁹

Esta característica especial dos privilégios, bem como a sobreposição dos mesmos a favor do Estado e outras entidades públicas¹⁰⁰, cria enormes inconvenientes para a segurança do comércio jurídico. Do mesmo modo, faz com que terceiros de boa fé vejam “defraudadas as suas legítimas expectativas em face daqueles credores que aproveitam uma garantia incapaz de assegurar um mínimo de publicidade sobre a sua existência.”¹⁰¹

Contrariamente, na alienação fiduciária em garantia a aludida falta de transparência poderá não se verificar, em virtude da necessidade de sujeição do pacto fiduciário a requisitos de forma, como melhor veremos *infra*.

Ora, uma vez realizada a desconstrução da base argumentativa contrária à admissibilidade da alienação fiduciária em garantia no seio do nosso ordenamento jurídico, concluímos que não parecem subsistir hodiernamente reservas à sua admissibilidade enquanto instituto jurídico autónomo¹⁰².

Ao exposto acresce o facto de serem admissíveis, à luz do direito vigente, múltiplos institutos que comportam uma alienação com fim de garantia. Pense-se, a este próprio, no contrato de reporte¹⁰³ e na cessão de bens aos credores¹⁰⁴.

⁹⁹PIRES [2004:87]

¹⁰⁰ALVES [2010:22]

¹⁰¹FERREIRA [2016:40]

¹⁰²Como tem vindo a considerar a doutrina e jurisprudência dominante.

¹⁰³É uma modalidade do contrato de alienação fiduciária em garantia regulado no âmbito do C.Com., “que tem como conteúdo uma venda de títulos de crédito negociáveis acompanhada por uma revenda simultânea entre os mesmos sujeitos.” A sua função mais relevante é de crédito e garantia. VASCONCELOS [2007:241]

¹⁰⁴É uma “garantia especial, conseguida através da transmissão, para os credores garantidos das faculdades de administração e de disposição de certos bens, com fins de ressarcimento.” CORDEIRO [2010:541]

Neste sentido, advoga PAIS DE VASCONCELOS que “Na apreciação da licitude, os contratos fiduciários não divergem dos demais, e o que está em questão é a apreciação do conteúdo e do fim do contrato perante os critérios axiológicos do sistema.”¹⁰⁵

Pese embora a estrutura fiduciária do negócio seja suscetível de permitir abusos, como bem entendeu VAZ SERRA “havendo meios de reagir contra esses abusos, não parece que deva afastar-se, de uma maneira geral, o negócio fiduciário.”¹⁰⁶

Ainda assim, seria imponderado concluir que este negócio, cuja regulamentação jurídica se circunscreve aos contratos de garantia financeira, não é merecedor de especiais cautelas, tendo em consideração a função social típica que desempenha.

Impõe-se, por isso, atentar em determinados aspetos que, na nossa perspetiva, assumem particular relevância.

¹⁰⁵VASCONCELOS [1995:279-280]

¹⁰⁶SERRA [1955:174]

III. Âmbito negocial e posição dos contraentes

1. O âmbito do negócio

No que concerne ao âmbito do negócio em causa, cumpre atentar que subjaz à alienação uma obrigação principal que visa garantir. Nestes termos, verifica-se a coexistência de duas relações jurídicas distintas: uma, com escopo de financiamento (*maxime*, um mútuo), outra com causa de garantia (que importa a transmissão da propriedade para o credor).

A transmissão da propriedade, tendo em vista garantir o cumprimento de uma obrigação que é extrínseca ao próprio negócio de alienação, permite identificar uma relação jurídica distinta da mesma.

Embora se encontrem funcionalmente relacionadas pelo pacto fiduciário, que assume “a forma de um acordo externo que une a relação obrigacional garantida e a obrigação de garantia”¹⁰⁷, a relação de garantia e a relação garantida não se confundem.

1.1. A relação de garantia

1.1.1. Aspetos formais

Quanto à estrutura negocial, diz-nos CATARINA PIRES que no âmbito de um “figurino ideal, a alienação em garantia deverá constar de um único acordo.”¹⁰⁸

O negócio de alienação e o pacto fiduciário não devem encontrar-se dissociados. A fragmentação formal deste negócio – que, conceptualmente, será sempre unitário¹⁰⁹ –, pela sua atipicidade, dificulta a realização do trabalho do intérprete relativamente à aferição da causa do negócio concretamente celebrado, podendo originar soluções não desejadas pelas partes¹¹⁰.

¹⁰⁷PIRES [301-302]

¹⁰⁸PIRES [2010:97]

¹⁰⁹Afastamo-nos assim da conceção dualista da fidúcia, entendida através de “conceções atomistas que separem como autónomos o negócio típico escolhido como instrumento [*maxime* um contrato de compra e venda] e o negócio de adequação [concretizado através do pacto fiduciário].” VASCONCELOS [1985:38]

Esta deverá ser negada e o negócio concebido como “um acto unitário, embora de conteúdo complexo”. FERNANDES [2004:251]

¹¹⁰Os negócios atípicos deverão ser suficientemente claros para, aquando do necessário juízo de mérito dos mesmos, não restarem dúvidas ao intérprete quanto aos seus contornos e licitude.

Em virtude de estarmos perante uma garantia mobiliária¹¹¹ atípica torna-se ainda necessário, a nosso ver, o estabelecimento de requisitos quanto à forma negocial.

Nos bens móveis, inexistindo o requisito de desapossamento, a segurança jurídica não se compadece com um mero acordo verbal, na medida em que potenciais credores desconhecerão que o sujeito transferiu a propriedade do bem e que a mesma se encontra funcionalizada a um propósito garantístico.

Assim, pese embora a lei, naturalmente, não faça depender a validade deste negócio jurídico da observância de forma especial – uma vez que estamos perante um contrato atípico - parece-nos mais adequado que, dada a sua função social típica, seja estabelecida a necessidade de forma escrita enquanto requisito de validade negocial¹¹².

No que respeita aos bens imóveis, a questão assume contornos mais complexos, especialmente pelo valor patrimonial e utilidade que estes assumem socialmente, espelhada na necessidade de serem transmitidos por documento autêntico ou particular autenticado.

Apesar de as exigências de forma terem um carácter excecional (art. 219º), uma vez que o pacto fiduciário configura um elemento – estrutural – do negócio de alienação, surge como efeito natural que lhe seja extensível a necessidade de observância de forma especial¹¹³.

O pacto fiduciário não é autónomo relativamente à transmissão de propriedade pelo que, atendendo à necessidade de segurança, afigura-se adequado que este siga a forma do negócio principal e, assim, se encontre refletido no documento que lhe serviu de base, designadamente a escritura pública¹¹⁴.

No mesmo sentido decidiu, aliás, o STJ: não pode o contrato ser considerado como negócio fiduciário de garantia uma vez que não consta da escritura pública de

¹¹¹Assim entendidas como as garantias em que se verifica a afetação de um bem à garantia de um crédito.

¹¹²Contrariamente, Catarina Pires entende que o acordo poderá ser verbal, tratando-se de coisas móveis ou créditos. PIRES [2010:97]

¹¹³Em sentido contrário, admitindo o pacto fiduciário tácito, *vide* Ac. TRP de 5/2/2013.

¹¹⁴Neste âmbito, pese embora o *pactum fiduciae* não tenha eficácia *erga omnes*, “beneficia da publicidade registral de modo indireto, uma vez que a publicidade tabular acaba por alcançar toda a escritura e, com ela, também o pacto obrigacional”. VASCONCELOS [1985:276]

compra e venda do prédio qualquer declaração fiduciária e a mesma é insuscetível de prova testemunhal¹¹⁵.

O mesmo se diga no caso de ser aposta uma cláusula resolutiva ao negócio. Neste âmbito, conforme entendeu o mesmo Tribunal, a razão determinante da forma legal do negócio estende-se à mesma¹¹⁶.

Atendendo à necessidade de tutela do tráfego jurídico, a existência da limitação obrigacional estabelecida no pacto fiduciário¹¹⁷ e a validade da cláusula resolutiva deverão depender da observância de forma escrita, no caso de bens móveis e, de escritura pública ou documento particular autenticado, na hipótese bens imóveis¹¹⁸.

1.1.2. Estipulação

No que respeita à estipulação da alienação fiduciária em garantia, nada impede que a mesma seja prevista quer no próprio contrato de que resulta a obrigação garantida, quer num negócio autónomo.

Assim, no primeiro caso, um único documento verte o conteúdo de ambos os contratos: do mútuo e da alienação fiduciária em garantia. No segundo caso, o último contrato consta de instrumento autónomo, que pode ser contemporâneo ou posterior ao primeiro contrato. Nesta última hipótese, é precisamente em razão do contrato de financiamento que surge a obrigação de celebrar o de alienação fiduciária em garantia.

Quanto ao momento de estipulação, segundo CATARINA PIRES, na “alienação em garantia, a relação obrigacional pré-existente é um pressuposto da função jurídica de garantia do negócio translativo.”¹¹⁹ Do exposto parece resultar que, de acordo com a autora, não se tratará de um negócio de alienação com função garantística se a relação obrigacional não for anterior ao momento translativo da propriedade.

¹¹⁵Ac. do STJ de 11-5-2006. Em sentido distinto, admitindo a validade do pacto verbal ou escrito, mas não refletido na escritura pública, PIRES [2010:98]

¹¹⁶Ac. do STJ de 16-03-2011

¹¹⁷É indubitável a importância do pacto fiduciário na alienação fiduciária em garantia. Sem este, não será possível a demarcação entre a transmissão da propriedade sobre uma coisa, funcionalizada a uma finalidade garantística – e assim ao estabelecimento dos deveres fiduciários que deste decorrem - da mera transferência da titularidade de um bem, sem que desta decorram quaisquer limitações obrigacionais e a imposição de deveres fiduciários.

¹¹⁸Até porque, de contrário, a dificuldade probatória será de tal modo elevada que poderá redundar na convicção da sua inexistência, independentemente de considerações de validade do pacto.

¹¹⁹PIRES [2010:301]

Todavia, não julgamos que tal conclusão se imponha dogmaticamente. Sendo inegável que, via de regra, a relação creditícia que se visa garantir é anterior ou contemporânea da transmissão da *potestas*, nada parece impedir que a constituição da relação obrigacional ocorra num momento temporalmente demarcado e posterior à verificação da alienação, tendo em vista garantir uma obrigação que ainda não surgiu na esfera jurídica do devedor. Numa palavra: uma obrigação futura¹²⁰.

Prevendo o sujeito a necessidade de financiamento, parece ser-lhe permitido celebrar, *ex ante*, um negócio de alienação em garantia que tenha em vista, precisamente, o cumprimento fiel e pontual do contrato a celebrar, desde que o seu objeto seja determinável nos termos do art. 280º.

2. Natureza jurídica

A generalidade das garantias previstas no nosso ordenamento jurídico – pessoais ou reais – caracterizam-se pela acessoriedade, encontrando-se ligadas à relação jurídica que visam garantir¹²¹.

No entanto, é também reconhecida a admissibilidade da garantia autónoma. Trata-se de uma “garantia desligada do crédito, que não tendo por referência um débito, subsistia independentemente das vicissitudes deste, conferindo maior solidez ao credor.”¹²²

Afigura-se relevante determinar - tendo por base as distintas consequências jurídicas que lhe estão associadas - a natureza jurídica desta figura, mais concretamente se se trata de uma garantia acessória ou de uma garantia autónoma.

Para CATARINA PIRES¹²³, a alienação fiduciária em garantia deverá ser qualificada como uma garantia real autónoma. Por um lado, porque resulta do negócio fiduciário – e não da lei – a imposição de uma ligação funcional entre a obrigação garantida e a garantia e, por outro lado, porque é a própria causa de garantia que explica as limitações de carácter obrigacional da propriedade transmitida e a imposição de deveres fiduciários ao beneficiário da garantia.

¹²⁰Em sentido semelhante ao que se poderá verificar no âmbito do regime jurídico da hipoteca (art. 686º nº2).

¹²¹CAMPOS [2009:39]

¹²²MARTINEZ E PONTE [2006:127]

¹²³PIRES [2010:306]

No mesmo sentido, MENEZES LEITÃO entende que a “alienação fiduciária em garantia se caracteriza por ser uma garantia não acessória da obrigação principal.”¹²⁴

De acordo com os autores suprarreferidos - acompanhados por DIOGO GRAÇA¹²⁵ -apenas mediante uma convenção expressa nesse sentido é que a garantia seria considerada acessória.

A concordância com este entendimento importa a conclusão de que as vicissitudes da obrigação garantida não se repercutem na obrigação de garantia. A ser assim, “o beneficiário da garantia adquire e conserva a sua propriedade, mesmo que a obrigação principal não se venha a constituir validamente ou se extinga”¹²⁶, pelo que o fiduciante apenas poderá defender a sua posição jurídica com recurso à responsabilidade civil e, em última *ratio*, ao enriquecimento sem causa.

PESTANA DE VASCONCELOS, discordando deste entendimento, sustenta, a propósito da cessão de créditos em garantia¹²⁷, que “esta modalidade de cessão constitui uma garantia acessória, embora com diversas particularidades.”¹²⁸

Na nossa perspetiva, não será possível extrair, da mera análise das características deste instituto, traços que permitam reconduzi-lo, de forma estanque, à sua categorização enquanto garantia acessória ou garantia autónoma.

Uma vez que por mero efeito do cumprimento a propriedade não é retransmitida *ipso iure* ao fiduciante, não se dirá sem mais que se trata de uma garantia acessória. Por outro lado, se não se concebe que a propriedade seja entendida meramente como acessória de um crédito¹²⁹, também não é líquido que se possa firmar pela sua total autonomia relativamente à relação obrigacional que lhe deu causa.

Ainda assim, parece-nos que a estrutura fiduciária da garantia não se deverá coadunar com as consequências inerentes às garantias autónomas, sob pena de o recurso a este instituto implicar um risco desmedido para o fiduciante, que poderá ver a propriedade do bem que apenas transmitiu como garantia de um crédito consolidar-se na esfera jurídica do fiduciário ainda que a obrigação garantida não exista.

¹²⁴LEITÃO [2012:238]

¹²⁵GRAÇA [2010:88]

¹²⁶LEITÃO [2012:238]

¹²⁷Por identidade de razão, tal raciocínio aplicar-se-á à alienação fiduciária em garantia.

¹²⁸VASCONCELOS [2007:596]

¹²⁹Pese embora seja uma garantia funcionalmente ligada a um direito de crédito, não é meramente acessória deste.

Mais se diz que uma vez que as partes ao celebrarem o negócio de alienação terão tido em vista garantir um outro negócio, cumpre recorrer à interpretação negocial¹³⁰ – e, neste âmbito à doutrina da impressão do destinatário (art. 236º) – por forma a aferir se os contraentes não terão pretendido atribuir-lhes um carácter unitário, uma finalidade económica comum.

Se assim for – que parece que será - uma vez que “os contratos, mantendo embora a sua individualidade, estão ligados entre si, segundo a intenção dos contraentes, por um nexo funcional”¹³¹, estaremos perante uma coligação contratual¹³².

Assim, embora os negócios não percam a sua individualidade, verificam-se interferências recíprocas entre ambos que acabam por afetar a sua autonomia jurídica. As vicissitudes do contrato garantido repercutir-se-ão, necessariamente, no contrato de alienação fiduciária em garantia, de tal modo que o destino do primeiro se estenderá ao segundo (e vice-versa), sem que para tal seja necessária estipulação expressa nesse sentido.

Nestes termos, a consideração de que a garantia é autónoma relativamente à obrigação subjacente não poderá, naturalmente, proceder, na medida que “ambos os contratos se completam na obtenção da finalidade económica comum e uma subordinação que implica que as vicissitudes de um se repercutam no outro.”¹³³

De qualquer dos modos, perante um negócio cuja regulamentação jurídica é, de *iure condito* inexistente, será sempre necessário para que logre uma justa qualificação, nas palavras de PEREIRA COELHO¹³⁴, que se atenda a cada uma das cláusulas de cada um dos contratos componentes ou do próprio complexo contratual, já que a impressão do destinatário médio não poderá deixar de se formar tendo em conta o conjunto de todos os elementos atendíveis para a interpretação, nas quais ressaltam, naturalmente, a economia do complexo contratual, entendida como a teia de conexões económicas nele estabelecida.

¹³⁰Nas palavras de Calvão Silva, corresponde à “atividade dirigida a determinar o conteúdo declaracional relevante.” SILVA [1996:596]

¹³¹VARELA [2003:282]

¹³²Neste sentido também se pronunciaram, relativamente à cessão de créditos em garantia, MARTINEZ E PONTE [2006:257]

¹³³Neste sentido, Ac. do TRC de 18-7-07.

¹³⁴COELHO [2015:14-15]

Deste modo, aferir-se-á casuisticamente a natureza da garantia prestada, designadamente mediante a consideração da autonomia ou dependência dos contratos concretamente celebrados¹³⁵.

3. O risco fiduciário

Atendendo à origem etimológica da palavra, diz-se que *fiducia* “denota a confiança que se deposita noutrem.”¹³⁶ À alienação fiduciária em garantia importa a confiança de que o fiduciário não exercerá os poderes inerentes à sua qualidade de proprietário para além do vertido no *pactum fiduciae* e de que restituirá o bem ao fiduciante assim que este cumpra a obrigação garantida.

A todas as operações negociais subjazem múltiplos riscos. No entanto, estes acrescem consideravelmente em negócios com estrutura fiduciária, nos quais as posições jurídicas das partes assumem contornos particulares.

3.1. A violação do *pactum fiduciae*

A violação do pacto fiduciário pode ocorrer essencialmente por uma de duas formas: ou o fiduciário, na pendência do contrato do qual emerge a obrigação garantida¹³⁷, transmite o bem a terceiros ou, cumprida a obrigação pelo fiduciante, recusa-se a retransmitir-lhe o bem.

Em qualquer uma destas hipóteses, a tutela do fiduciante varia conforme a posição jurídica que ocupa. Por outras palavras, depende de este ser titular de uma expectativa jurídica de reacquirição do bem transmitido - assim entendida como um direito subjetivo prévio ou intercalar¹³⁸- ou de apenas dispor de uma mera pretensão de reacquirição da propriedade.

Se o negócio de alienação tiver sido convencionado sob condição resolutiva, os atos de disposição praticados pelo fiduciário ficarão sujeitos, de acordo com o regime previsto no artigo 274º, à eficácia ou ineficácia do próprio negócio, se nada se estipular em sentido distinto.

¹³⁵Como ensina Januário Gomes, existem diversos graus de autonomia e de acessoriedade, pelo que importará questionar, no caso concreto, o grau de dependência. GOMES [2000:110-116]

¹³⁶GONZÁLEZ [2014:52]

¹³⁷Designadamente quando a obrigação ainda não foi cumprida pelo fiduciante em virtude da não decorrência do prazo contratualmente estipulado.

¹³⁸MARIANO [2004:97]

Assim, se o fiduciário alienar o bem a terceiro, quando se verificar o cumprimento da obrigação pelo fiduciante, a retroatividade da condição (art. 276º) “ocasionará a perda de eficácia dos actos dispositivos praticados pelo credor condicional.”¹³⁹¹⁴⁰

Por identidade de razão, também no que concerne à mera recusa de transmissão após o adimplemento do devedor não se colocarão óbices perante um negócio condicional, uma vez que esta opera *ipso iure*.

A posição jurídica do fiduciante no negócio assim configurado assume, na nossa ótica, uma posição idêntica à do comprador com reserva de propriedade¹⁴¹: uma expectativa de aquisição juridicamente tutelada.

Trata-se de uma autêntica expectativa jurídica uma vez que “já começou um processo aquisitivo, acautelado por lei, com a atribuição de direitos subjetivos”¹⁴². No momento em que se verificar o cumprimento da obrigação garantida, “o direito de expectativa concretiza-se na aquisição plena do direito subjetivo”¹⁴³: o fiduciante readquire o bem.

Quando do negócio de alienação não resultar a aposição de uma condição resolutiva, o fiduciante não poderá fazer valer o pacto fiduciário *erga omnes*, pelo que o terceiro deverá adquirir bem¹⁴⁴, salvo se aquele lançar mão do expediente previsto no artigo 334º e, por esta via, se considerar que o beneficiário da garantia fez uso do seu direito de forma excessiva, relativamente aos fins garantístico que o limitavam¹⁴⁵.

No entanto, tal não preclui a possibilidade de aquele defender a sua posse¹⁴⁶, se tiver sido convencionado que o mesmo terá um direito pessoal de gozo sobre a coisa dada em garantia¹⁴⁷ ou, ainda, se este for titular de um direito real menor, como o direito de uso ou o usufruto¹⁴⁸.

¹³⁹PIRES [2010:196]

¹⁴⁰Excetuando-se os efeitos substantivos do registo que, por motivos de exposição, não abordaremos nesta sede.

¹⁴¹Tal como é comumente admitido no seio da doutrina moderna. LEITÃO [2012:243]

¹⁴²HÖRSTER [2000:224]

¹⁴³HÖRSTER [2000:254]

¹⁴⁴Sem prejuízo da responsabilidade contratual a que se encontrará sujeito o fiduciário. O fiduciante poderá ainda recorrer ao enriquecimento sem causa, em virtude do locupletamento que o fiduciário terá obtido à sua custa, sem causa justificativa. PIRES [2010:199]

¹⁴⁵ANDRADE [2009:82] e PIRES [2010:198]

¹⁴⁶Ex vi do art. 1277º.

¹⁴⁷LEITÃO [2012:243]

¹⁴⁸Catarina Pires alude ainda à posse fiduciária, que existirá quando o fiduciante se mantenha em contacto direto com o bem. PIRES [2010:118]

Na eventualidade de, não obstante o bem não ter sido alienado a terceiro, o fiduciário obstar à sua retransmissão, entrará em mora. Após a sua conversão em incumprimento definitivo, poderá o fiduciante recorrer à execução específica¹⁴⁹- por força da aplicação analógica do art. 830º- e recuperar a propriedade do bem, cumprida a obrigação¹⁵⁰.

Ainda neste âmbito, exaltando a forte tutela do fiduciante, MARGARIDA ANDRADE¹⁵¹ e PAIS DE VASCONCELOS¹⁵² preconizam que este poderá reagir contra o fiduciário recorrendo à tutela penal. No entanto, por motivos de exposição e por se pretender a realização de uma abordagem meramente civilística do tema, não teceremos considerações sobre tal asserção.

3.2. A penhora do bem

A garantia geral das obrigações é constituída pelo património do devedor (art.601º). Assim, todos os bens suscetíveis de penhora estão sujeitos à possibilidade de serem judicialmente apreendidos e alienados, por forma a que os credores sejam pagos com o produto da sua venda.

Entende CATARINA PIRES que “Uma possível ameaça patrimonial ao bem alienado em garantia é a penhora”¹⁵³, que poderá ocorrer no decurso de um processo executivo ou de um processo insolvencial.

3.2.1. No âmbito executivo

Quanto à apreensão judicial do bem no âmbito de um processo executivo intentada pelos credores do fiduciário, PESTANA DE VASCONCELOS¹⁵⁴ sustenta a aplicação analógica do regime previsto no art.1184º.

De modo semelhante ao que se verifica com os bens adquiridos pelo mandatário em execução do mandato, a titularidade dos bens assume na esfera jurídica do fiduciário

¹⁴⁹GONZÁLEZ [2014:125-126], ANDRADE [2009:82], PIRES [2010:203]

¹⁵⁰Em virtude de a ação de execução específica ser sujeita a registo, todas as alienações posteriores realizadas pelo fiduciante não se poderão manter, o que traduz o corolário do princípio da prioridade registral. Do mesmo modo, ainda que o registo da ação de execução específica seja posterior ao facto aquisitivo, se se conseguir fazer prova de que o terceiro conhecia a limitação fiduciária da propriedade do alienante e, portanto, a sua má fé, não poderá aquele erguer obstáculo à execução específica intentada pelo fiduciante. Neste sentido, GONZÁLEZ [2014:128-130]

¹⁵¹ANDRADE [2009:81]

¹⁵²VASCONCELOS [1995:285]

¹⁵³PIRES [2010:207]

¹⁵⁴VASCONCELOS [2010:516]

um caráter temporário¹⁵⁵. Por isso, este deverá recorrer à oposição à penhora, de modo a cumprir o seu dever de proteção do bem.

A proteção conferida pelo art. 1184º é tendencialmente redutora. Conforme resulta da letra da lei, não se aplica quanto a bens sujeitos a registo se tiver sido realizado o registo de aquisição dos mesmos.

Na eventualidade de não ser possível recorrer à tutela do preceito suprarreferido, o fiduciário deve requerer a substituição do bem penhorado no prazo de oposição à penhora ou ainda, nas palavras de PESTANA DE VASCONCELOS, “simplesmente, promover a extinção da execução.”¹⁵⁶

Perante a inércia do fiduciário, incumbirá ao fiduciante reagir. Neste âmbito, defende CATARINA PIRES que este poderá recorrer aos embargos de terceiros (art. 342º do CPC) sempre que mantenha a posse fiduciária do bem¹⁵⁷. O mesmo se aplica, naturalmente, caso o fiduciante seja titular de um direito real menor ou de um direito pessoal de gozo.

Pode ainda suceder que o bem seja penhorado numa ação intentada por um credor do fiduciante. Nesta situação, o fiduciário - enquanto proprietário pleno do bem - deverá deduzir embargos de terceiro ou, ainda, lançar mão da ação de reivindicação (art. 1311º) por forma a defender a titularidade do seu direito. Neste último caso, proceder-se-á ao levantamento da penhora e à anulação da venda executiva dos bens reivindicados, nos termos da lei do processo¹⁵⁸.

Tendencialmente, o risco de penhora só existirá caso se trate de um bem móvel não sujeito a registo. Não havendo desapossamento, a presunção da titularidade do direito (art.1268º) faz relevar a presunção de que o bem pertence ao prestador da garantia.

O mesmo não se dirá quanto à penhora da expectativa de reacquirição do bem. Nesta sede, concordamos com CATARINA PIRES que entende que “Sendo o prestador

¹⁵⁵Em sentido contrário, considerando que o destino do bem é incerto, em virtude de se encontrar dependente do cumprimento da obrigação, PIRES [2010:227-231]

¹⁵⁶VASCONCELOS [2010:517]

¹⁵⁷PIRES [2010:221]

¹⁵⁸Neste sentido, PIRES [2010:216]

da garantia titular de uma expectativa, será de admitir que os respectivos credores possam penhorar aquela situação jurídica”¹⁵⁹, nos termos do art. 778º CPC¹⁶⁰.

3.2.2. No âmbito insolvencial

Nas palavras de ROSÁRIO EPIFÂNIO, “O processo de insolvência é um processo universal e concursal destinado a obter a liquidação, respetivamente, de todo o património do devedor insolvente, por todos os seus credores.”¹⁶¹

Nesta medida, dispõe o art. 91º nº1 do CIRE, a declaração de insolvência importa o vencimento de todas as obrigações do insolvente.

Caso o fiduciante seja declarado insolvente, o bem alienado em garantia não poderá integrar a massa insolvente na medida em que este não é titular do direito de propriedade¹⁶².

Contudo, parece-nos que se a massa insolvente proceder à satisfação do crédito garantido e, desta feita, for restituída a propriedade do bem ao fiduciante¹⁶³, naturalmente que este será recuperado pela massa insolvente e, nestes termos, seguidos os ulteriores procedimentos tendentes à venda do bem e satisfação dos credores pelo produto da sua venda.

No que contende com a insolvência do fiduciário, CATARINA PIRES sustenta a impossibilidade de aplicação do art. 104º do CIRE. Entende a autora que uma vez que o fiduciário é proprietário do bem dado em garantia, este fará parte da massa insolvente, restando ao fiduciante a satisfação da “prestação debitória a seu cargo (cfr.artigo 81.º n.º7), ficando habilitado a reclamar a restituição do bem fiduciado, enquanto credor comum (cf. artigo 47.º do CIRE).”¹⁶⁴

Não nos parece que a posição do fiduciante enquanto credor comum seja aceitável, quer do ponto de vista da injustiça material subjacente a tal entendimento, quer do propósito negocial visado pelas partes.

¹⁵⁹PIRES [2010:220]

¹⁶⁰Também o direito de usufruto poderá ser penhorado. O mesmo não se dirá quanto ao direito de uso, que é impenhorável.

¹⁶¹EPIFÂNIO [2016:14]

¹⁶²Ressalve-se a possibilidade de penhorar a expectativa jurídica de aquisição e o direito de usufruto, como já vimos.

¹⁶³Por força da verificação da condição resolutiva seja, ainda, pelo recurso à execução específica pelo administrador de insolvência, nos termos do art. 606º.

¹⁶⁴PIRES [2010:243]

Por outras palavras, uma vez que por força da insolvência do fiduciário não se venceu, naturalmente, a obrigação do fiduciante, este estará ainda em tempo de cumprir a obrigação e, deste modo, recuperar o bem transmitido. Nesta medida, embora o fiduciário tenha adquirido “irrevogavelmente um direito de propriedade oponível *erga omnes*”¹⁶⁵ o bem não se destina, em última análise, à sua esfera jurídica, só assim não sendo no caso de o fiduciante não cumprir.

Pelo exposto, PESTANA DE VASCONCELOS¹⁶⁶ propõe a aplicação do art. 1184º, pelo que o bem não integrará a massa insolvente. Porém, o âmbito de aplicação restrito da norma - como se viu *supra* - suscita a necessidade de uma proteção adicional.

Impõe-se, a nosso ver, a aplicação do art. 104º do CIRE¹⁶⁷. Não subscrevemos a opinião de CATARINA PIRES, na medida em que não identificamos motivos que obstem à sua aplicação analógica.

A *ratio* da norma consiste, essencialmente, em estabelecer o destino do negócio no qual a propriedade assume uma função garantística, perante a insolvência de um dos contraentes. Como forma de proteção da posição jurídica do comprador não insolvente, confere-se o direito a exigir o cumprimento do contrato e, assim, assegura-se a transmissão da coisa¹⁶⁸.

A aplicação desta norma permite afastar o risco de o devedor vir a ser impedido de readquirir o bem, uma vez que se este é património do fiduciário insolvente – ainda que só assuma uma função de garantia - integra a massa insolvente (excetuadas as situações que caibam na previsão do art. 1184º) e, assim, pode vir a ser liquidado¹⁶⁹.

Na alienação fiduciária em garantia a propriedade assume, consabidamente, uma função de garantia, pelo que a analogia se justifica, na medida em que “O ponto de partida da analogia é a similitude de situações.”¹⁷⁰

¹⁶⁵TOMÉ e CAMPOS [1999:201]

¹⁶⁶VASCONCELOS [2010:519]

¹⁶⁷Pelo que seguimos a doutrina de Pestana de Vasconcelos. VASCONCELOS [2007:240-241]

¹⁶⁸Não existindo, neste caso, possibilidade de o administrador da insolvência optar pelo não cumprimento. FERNANDES e LABAREDA [2005:400]

¹⁶⁹No mesmo sentido, VASCONCELOS [2007:243]

¹⁷⁰Ac. do STJ de 02-02-99

IV. Breve análise de Direito Comparado

O constante desenvolvimento do comércio jurídico tem originado a conclusão de que as garantias tradicionais são hoje incapazes de dar uma resposta adequada às crescentes necessidades espoletadas no âmbito creditício.

Por conseguinte, a alienação fiduciária em garantia tem assumido um papel preponderante em diversos ordenamentos, mediante o reconhecimento da sua eficácia enquanto mecanismo de concessão de crédito. Tal constatação originou uma crescente regulamentação jurídica deste negócio *fiduciae*.

A este propósito, alerta MARGARIDA ANDRADE que “Atualmente assiste-se a uma renovada discussão sobre os negócios fiduciários”¹⁷¹.

1. A fidúcia francesa: breve referência

À semelhança de Portugal, também no ordenamento jurídico francês se colocaram diversas objeções relativamente aos negócios fiduciários. Durante muito tempo “o sistema francês de garantias resistiu ao reconhecimento da validade da alienação em garantia, menosprezando, em geral, as construções fiduciárias.”¹⁷²

Com a Lei n.º 2007-211 de 19/2/007, foram introduzidas alterações ao *Code Civil* que passou a reconhecer, expressamente, os negócios fiduciários celebrados com fim de garantia ou de mera administração.

Não se poderá, sem mais, assinalar uma correspondência entre a fidúcia - admitida de *iure constituto* no sistema francês - e a alienação fiduciária em garantia. A fidúcia francesa reconduz-se, ainda que apenas de forma meramente aproximada, ao *trust* do sistema anglo-saxónico¹⁷³, já que implica a criação de um património de afetação que surge, na esfera jurídica do fiduciário, separado do seu restante património e que é gerido em prol do beneficiário (que poderá ser o fiduciário)¹⁷⁴.

¹⁷¹ANDRADE [2009:59]

¹⁷²PIRES [2009:56]

¹⁷³Poder-se-á aventar que se trata, em certa medida, de um *trust* continentalizado que pode ser utilizado para fins garantístico ou de administração.

¹⁷⁴DAMY [2007]

Se os bens - móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos – são afetos à garantia de cumprimento de um crédito (sendo o credor o beneficiário da fidúcia), a fidúcia desempenha um papel de garantia¹⁷⁵.

Perante o recorte jurídico da fidúcia francesa que permite que na vigência do contrato os bens fiduciários constituam um património distinto da restante massa patrimonial do fiduciário¹⁷⁶, dir-se-á que esta comporta um mecanismo inigualável na facilitação da concessão de crédito, por força da segurança concedida aos contraentes¹⁷⁷.

2. O sistema alemão

A figura da alienação fiduciária em garantia não é uma novidade no ordenamento jurídico alemão, uma vez que se trata de uma figura de origem consuetudinária com cerca de dois séculos de existência¹⁷⁸.

Embora seja evidente a antiguidade da *Sicherungsübereignung*¹⁷⁹ a par das garantias tradicionais, esta ainda não foi contemplada no BGB. Refere DIOGO CAMPOS que “A alienação em garantia do direito alemão contemporâneo foi de construção jurisprudencial e doutrinal.”¹⁸⁰

Contrariamente ao que se verifica no nosso ordenamento, no sistema alemão é admissível a transferência da propriedade por negócio abstrato¹⁸¹, pelo que não se levantam problemas quanto à aceitação de que a mesma seja realizada com fins de garantia¹⁸².

O esquema negocial decompõe-se da seguinte forma: “a propriedade sobre o bem é transferida por meio de acordo (*Einigung*) e um pacto de mediação possessória (acordo de transferência de propriedade e constituto possessório) com carácter fiduciário.”¹⁸³

Assim, considera-se que o fiduciário é um proprietário pleno. Tal entendimento não será, na nossa ótica, imune a críticas. Apesar de o fiduciário poder eficazmente

¹⁷⁵BARRIÈRE [2013:871]

¹⁷⁶PIRES [2009:59]

¹⁷⁷Conferindo uma garantia muito mais sólida do que a figura em análise na nossa exposição.

¹⁷⁸PIRES [2009:40]

¹⁷⁹É assim designada a alienação em garantia.

¹⁸⁰CAMPOS [1998:17]

¹⁸¹Na Alemanha, o negócio real de transmissão abstrai-se da sua própria causa – ou seja, o negócio obrigacional que lhe deu origem - sendo prescindível a sua referência.

¹⁸²LEITÃO [2012:235]

¹⁸³CAMPOS [1998:18]

alienar o bem a terceiros¹⁸⁴, no âmbito do concurso de credores apenas lhe cabe uma mera preferência – e já não a possibilidade de recurso a mecanismos suscetíveis de defender a sua propriedade –, o que denota uma amplitude restrita do seu direito¹⁸⁵¹⁸⁶.

O fiduciante encontra neste instituto uma esfera de proteção ampla. É-lhe permitido opor-se às pretensões de credores do fiduciário sobre o bem, na medida em que no concurso de credores assume uma posição jurídica semelhante à de um proprietário, com direito a separação do bem¹⁸⁷. Pode ainda deduzir, no âmbito da ação executiva, embargos de terceiro¹⁸⁸.

Isto será assim em observância do princípio da conversão que permite que o fiduciário, em princípio titular de um direito pleno, possa ver-se reduzido à posição de mero credor garantido e que o fiduciante, detentor de uma simples pretensão obrigacional de restituição da coisa (em caso de cumprimento da obrigação garantida), assuma posição semelhante à do proprietário pleno, no caso de concurso de credores do fiduciário¹⁸⁹.

Se o fiduciante cumprir a obrigação que visa garantir com a transferência do bem, surge uma obrigação de retransmissão por parte do fiduciário. O bem não se retransmite automaticamente; para que tal ocorra é antes necessária a aposição de uma condição resolutiva, o que não é permitido quanto a bens imóveis.¹⁹⁰¹⁹¹

Cumpre salientar que, perante um eventual incumprimento do fiduciante, o fiduciário poderá fazer seu o bem dado em garantia, não existindo qualquer impedimento por via da proibição do pacto comissório uma vez que se entende que, neste caso, o credor se apropria do que já lhe pertence¹⁹².

¹⁸⁴PIRES [2009:43]

¹⁸⁵CAMPOS [1998:19]

¹⁸⁶O mesmo não se diz no âmbito de ação executiva, em que poderá deduzir embargos de terceiro. PIRES [2009:46]

¹⁸⁷CAMPOS [1998:19]

¹⁸⁸PIRES [2009:47]

¹⁸⁹CAMPOS [1998:19]

¹⁹⁰CAMPOS [1998:20]

¹⁹¹Por esse motivo, na Alemanha, “os bens imóveis não se prestam a esta utilização.” PIRES [2010:42]

¹⁹²LEITÃO [2012:235]

3. A propriedade fiduciária brasileira

A introdução da alienação fiduciária em garantia no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu na década de 60, tendo em vista a criação de uma nova garantia real, apta a proteger o mercado de capitais¹⁹³¹⁹⁴.

Entende TIAGO MATTA que “diversamente da realidade portuguesa, a doutrina e jurisprudência brasileira desde sempre acataram a validade dos negócios jurídicos fiduciários, como contratos atípicos, desenvolvidos sobre o pálio dos princípios da liberdade contratual.”¹⁹⁵

Atualmente, a alienação fiduciária em garantia assume a posição de contrato típico. Sob a égide de “Propriedade Fiduciária”, o Capítulo IX do CC Brasileiro estabelece as disposições aplicáveis ao contrato. O art.1361º consagra a definição de alienação fiduciária em garantia: “Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.”¹⁹⁶

Daqui resulta que a propriedade do fiduciário, transmitida com um fim garantístico, é entendida como uma propriedade resolúvel. Prevê-se a possibilidade de o contrato ser resolvido, o que ocorrerá *ope legis*, mediante o cumprimento da obrigação a que o fiduciante se encontra adstrito¹⁹⁷.

No caso de inadimplemento pelo fiduciante, surge a obrigação de entrega do bem ao fiduciário¹⁹⁸. Mas este não poderá, simplesmente, fazer sua a coisa dada em garantia, sendo antes obrigado a promover a venda judicial ou extrajudicial do bem, pagando-se pelo produto da sua venda e devolvendo o eventual excesso ao devedor.

Do exposto resulta a proibição do pacto comissório, que se encontra expressamente prevista no âmbito deste instituto (art. 1365º do CC), sendo cominada com nulidade qualquer cláusula em sentido contrário.

¹⁹³CAMPOS, [1998:21]

¹⁹⁴Não deixa de ser curioso que o Brasil, cujo Direito é marcado por influência lusa, seja consideravelmente mais avançado, a nosso ver, quanto a este tema. Atente-se que a sua regulamentação normativa remonta a 1965.

¹⁹⁵MATTA [2007:546]

¹⁹⁶O contrato poderá, igualmente, ter como objeto bens imóveis, conforme consta do art. 1367.º do CC Brasileiro.

¹⁹⁷Ademais, este encontra-se numa posição privilegiada quanto à re aquisição do bem na medida em que, nos termos do art. 1368.º-B do CC, é titular de um direito real de aquisição.

¹⁹⁸Isto será assim na medida em que a posse direta do bem é conservada pelo devedor, enquanto que o credor assume a posição de possuidor indireto (art. 1361º §2.º do CC).

Refere GABRIELA DIAS que “O direito de propriedade adquirido pelo credor é, aqui, claramente marcado pelo fim de garantia, já que só pode aliená-lo e fazer-se pagar pelo valor em caso de incumprimento – ou seja, respeita-se substancialmente a proibição do pacto comissório, já que o proprietário não pode reter o bem como forma de pagamento.”¹⁹⁹

Tem vindo, no entanto, a ser discutida a admissibilidade do pacto marciano, existindo já doutrina e jurisprudência nesse sentido. Decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo que “se o débito não for pago, a coisa poderá passar à propriedade plena do credor pelo seu justo valor, a ser estimado, antes ou depois de vencida a dívida, por terceiros.”²⁰⁰

Neste ordenamento, a propriedade não se transfere por mero efeito de contrato. É necessária a prática de um ato ulterior para que o bem dado em garantia seja transferido para a esfera jurídica do credor, seja a tradição, no caso de se tratar de um bem móvel, ou o registo, no caso de bem imóvel²⁰¹²⁰². Urge ainda a necessidade de registar o contrato no Registo de Títulos e Documentos, para que a alienação seja oponível *erga omnes*.

Acresce que, sendo a propriedade funcionalizada a um fim de garantia, o legislador impôs a necessidade de estabelecer o conteúdo mínimo do contrato que se visa garantir²⁰³, o que permite uma maior clareza negocial e segurança jurídica, necessária a toda e qualquer transferência de direitos reais.

4. Possíveis contributos *de iure condendo*

Dada a ausência de regulamentação legal deste contrato, uma análise de Direito Comparado afigura-se imperativa para que, *de iure condendo*, seja possível a formulação de soluções idóneas e adequadas aos interesses das partes, no Direito Português.

¹⁹⁹DIAS [2007:444]

²⁰⁰Proc. nº 9103689-29.2008.8.26.0000, de 27.08.2009, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, *apud* LIMA [2014:15]

²⁰¹MATTA [2007:549]

²⁰²O registo assume, neste âmbito, uma dupla função: constitutiva e de publicidade.

²⁰³Designadamente o total da dívida ou a sua estimativa, o prazo estabelecido ou a época de pagamento, a taxa de juros e a descrição do bem objeto da transferência (art. 1361º §3 do CC Brasileiro).

Em virtude das marcantes dissemelhanças de pensar o Direito em cada ordenamento, surgem dificuldades no que toca às tentativas de transposição das diversas soluções adotadas para o sistema português.

Ainda assim, será sempre possível assinalar determinados aspetos que, na nossa opinião, poderão considerar-se de grande relevo perante uma eventual – e esperemos que futura – positividade deste instituto no nosso ordenamento, bem como aqueles que serão de rejeitar perante um advento legislativo nesse mesmo sentido.

No que concerne ao Direito Francês, pode dizer-se que é praticamente eliminado o risco subjacente à operação fiduciária, na medida em que a segregação patrimonial obsta a que o bem dado em garantia seja alvo de agressões externas de potenciais credores dos contraentes, conferindo uma blindagem patrimonial que não é, naturalmente, alcançada por meio do recurso à alienação fiduciária em garantia.

Contudo, e sem prejuízo dos inquestionáveis contributos atinentes à sua transposição para o nosso ordenamento, as respetivas soluções só dificilmente poderiam ser consagradas no âmbito do Direito Português. De entre diversos argumentos, o princípio da unidade do património parece opor-se ao reconhecimento de que um sujeito seja titular de um património especial e de um património geral, que se distingue do segundo por ser afeto a determinado fim, exceto nos casos legalmente previstos²⁰⁴.

No Direito Alemão, assinala-se a extensa proteção que é conferida ao fiduciante perante a penhora do bem no âmbito de ação executiva ou insolvencial intentada pelos credores do fiduciário. Diz-se, assim, que assume “um poder jurídico de natureza real”²⁰⁵.

Tal solução permite que se cumpra o propósito da alienação, uma vez que os interesses dos credores do fiduciário não poderão conflitar, nesta medida, com a pretensão de retransmissão do bem pelo fiduciante, o que surge como uma medida adequada nesta matéria.

Em contrapartida, será a nosso ver desadequado que o fiduciário apenas assumia posição idêntica à do credor com garantia real perante o concurso de credores do

²⁰⁴Pese embora, por motivos de exposição, não possamos abordar o tema, cumpre deixar a breve nota que, ainda assim, este princípio não parecerá ser um dogma, mas antes postulado de política legislativa que visa proteger os credores e que por isso se encontra sujeito às derrogações que o legislador entender.

²⁰⁵CAMPOS [1998:19]

fiduciante. Embora seja certo que a propriedade que lhe foi transmitida apenas assume uma função de garantia, menos certo não será que este figura enquanto proprietário do bem nos restantes domínios. Não se compreende, então, que perante uma agressão ao bem este apenas se limite a ter uma preferência sobre o produto da sua venda, como se de um mero credor garantido se tratasse.

Diga-se ainda que, tendo em linha de conta a configuração da posição jurídica do fiduciante no sistema germânico, não se concebe que o bem não se retransmita *ipso iure*, por força do cumprimento.

Ao exposto acresce que se a convenção negocial não permitir a aposição de uma condição resolutiva – que só é possível quanto a bens móveis – este negócio importará um enorme risco para o devedor, que poderá ver-se confrontado com a impossibilidade de recuperação do bem, excetuada a situação de penhora do mesmo ou do recurso às vias judiciais.

Surge ainda como facto digno de atenção a consideração de que a proibição do pacto comissório não se aplica a este instituto. Excluída esta limitação normativa, é amplamente incentivado o recurso a esta figura, na medida em que não se preclui que o credor, tendo um interesse concreto no bem, se mantenha enquanto proprietário do mesmo, perante o incumprimento da obrigação subjacente pelo fiduciante²⁰⁶.

Por seu turno, no Direito Brasileiro destaca-se a imposição legislativa do estabelecimento de um conteúdo mínimo do contrato garantido, uma vez que permite alcançar a certeza e a segurança jurídica necessárias à garantia da inexistência de situações fraudulentas, bem como a identificação concreta da situação dominial dos bens²⁰⁷.

Acresce, ainda, a inegável preponderância que assume a consideração da propriedade fiduciária como propriedade resolúvel, na medida em que torna desnecessária a prática de qualquer ato, além do próprio adimplemento da obrigação garantida, para que opere a retransmissão da propriedade do bem para o fiduciante.

²⁰⁶Pese embora consideremos que, por imperativos de justiça, não se deva descurar o cumprimento do pacto marciano.

²⁰⁷O que é ainda reforçado pela necessidade de registo da propriedade fiduciária, possibilitando o conhecimento da sua existência por terceiros.

Este aspeto particular configurará, a nosso ver, a jóia da coroa da alienação fiduciária em garantia do sistema brasileiro, na medida em que confere uma proteção acrescida ao fiduciante, não se colocando obstáculos a que o bem dado em garantia regresse à sua esfera de domínio, uma vez que tal surgirá como efeito automático do cumprimento.

Em sentido contrário, não se compreende o motivo pelo qual o fiduciário, perante a consolidação da propriedade na sua esfera jurídica, não dispõe expressamente da possibilidade de ficar com o bem, se assim o pretender, sendo antes obrigado a pagar-se pelo produto da sua venda. Desde que verificado o pressuposto da avaliação do bem e devolução do excedente que exista entre o seu valor e o montante em dívida²⁰⁸, esta imposição carecerá de fundamento, uma vez que o efeito útil alcançado será precisamente o mesmo.

Analisadas as características atinentes ao instituto da alienação fiduciária em garantia nos ordenamentos jurídicos mencionados, cumpre observar que, em nossa opinião, a configuração da alienação fiduciária em garantia no sistema brasileiro será não só a que apresenta as soluções mais bem conseguidas como, de igual modo, as mais ambicionáveis para o nosso país.

A construção jurídica do instituto neste sistema acaba por descaracterizar o seu carácter fiduciário,²⁰⁹ na medida que é reconhecida a existência de uma verdadeira propriedade fiduciária e resolúvel e, assim, é exponencialmente reduzido o risco da operação negocial. Seria então necessário, para que lograsse a sua positivação, proceder a uma relativa flexibilização do princípio do *numerus clausus*, na medida em que o nosso sistema não admite, de *iure condito*, restrições de carácter real ao direito de propriedade.

ORLANDO DE CARVALHO afirma que “a consagração de um *numerus clausus* absoluto não deixa de suscitar algumas dúvidas sérias, designadamente pelos obstáculos que levanta a um aproveitamento mais completo ou, pelo menos, mais dúctil, das possibilidades de fruição de riqueza.”²¹⁰

²⁰⁸*Máxime*, observando-se o pacto marciano.

²⁰⁹“A construção concreta da alienação em garantia depende dos ordenamentos jurídicos que, por vezes, descaracterizam o seu carácter fiduciário.” CAMPOS [1998:11]

²¹⁰CARVALHO [2012:183]

A flexibilização deste princípio norteador dos direitos reais permitiria reduzir consideravelmente a assimetria das posições jurídicas dos contraentes. A possibilidade de estipulação, com eficácia *erga omnes* da limitação dos poderes do proprietário a um fim garantístico - numa palavra: a criação de uma propriedade fiduciária - permitiria impedir eficazmente os possíveis abusos decorrentes da natureza fiduciária do negócio.

Deste modo, facilitar-se-ia a concessão de crédito mediante o recurso a uma garantia cuja solidez é inegável e, simultaneamente, seriam reduzidos os riscos inerentes à celebração de um negócio fiduciário.

V. A alienação fiduciária em garantia e as garantias reais tradicionais

1. A insuficiência das garantias reais

As garantias reais tradicionais – *maxime*, a hipoteca e o penhor²¹¹ - são prerrogativas assentes na lei que permitem “que o credor, em princípio por via negocial (...) se coloque numa situação privilegiada em relação dos demais credores”²¹². Pressupõem a afetação de determinados bens, do devedor ou de terceiro, ao pagamento preferencial de determinadas dívidas.

Sendo certo que estas se caracterizam por conferir um acréscimo de segurança ao credor, porquanto não se limitam a estabelecer uma garantia geral, constituída pelo património globalmente considerado do devedor²¹³, menos certo não será que, como bem alerta DIOGO CAMPOS, “sofrem sérias limitações”²¹⁴.

Por um lado, “a erosão e a insuficiência do tecido tradicional das garantias especiais parece hoje não permitir que através dele se alcance a eficaz tutela da posição do concedente do crédito”²¹⁵ e, por outro, denotam-se incipientes aos propósitos do devedor.

Nestes termos, a despersonalização da relação creditícia aliada à crescente massificação de necessidade de recurso ao crédito têm resultado no anseio generalizado dos credores por uma tutela mais eficaz e mais dinâmica no âmbito creditício²¹⁶.

Como alerta MENÉRES CAMPOS “a pouca elasticidade do sistema de direitos reais de garantia, em virtude do princípio da tipicidade taxativa, deparou-se com o surgimento de esquemas diversos, atípicos, mais simples, que encontram a sua fundamentação no princípio da autonomia privada e da liberdade contratual.”²¹⁷

²¹¹Embora a hipoteca e o penhor não sejam as únicas garantias reais previstas no nosso ordenamento, parecem ser as que assumem uma maior relevância prática no comércio jurídico.

²¹²MARTINEZ E FUZETA [2006:71]

²¹³Património este que será, as mais das vezes, desconhecido e insuscetível de controlo pelo credor.

²¹⁴CAMPOS [1998:8]

²¹⁵DIAS [2007: 437]

²¹⁶MATTA [2007:530]

²¹⁷CAMPOS [2009:46]

O “desgaste dos direitos reais de garantia (...) veio abrir a porta à criação, por via convencional, de outras garantias fundadas na propriedade”²¹⁸, de entre as quais a alienação fiduciária em garantia.

Uma vez que a *plena in re potestas* atribui ao titular do direito uma panóplia de poderes – tendencialmente, ilimitados - sobre o bem, não é estranha a intencionalidade por parte dos credores de utilizar a rainha das garantias como forma de garantia do seu crédito.

2. Principais vantagens da alienação fiduciária em garantia

É inegável a solidez da posição jurídica do credor mediante o recurso a este instituto. Sendo titular do direito de propriedade, o bem dado em garantia é imune a potenciais pretensões dos restantes credores do devedor. Mas também para o devedor se apontam diversas vantagens.

Prima facie, esta figura – contrariamente ao penhor²¹⁹ - é compatível com a manutenção da posse do bem pelo devedor, uma vez que inexiste neste instituto o requisito do desapossamento para a constituição da garantia. Tal facto assume uma importância prática imensa, já que aquele poderá continuar a retirar proveito das utilidades e rendimentos do bem e, por seu turno, o credor não arcará com os inconvenientes associados à guarda e conservação do mesmo²²⁰.

Perante uma necessidade momentânea de liquidez sem que para tal pretenda assumir compromissos bancários, de um lado e, de outro, não tenha vontade de perder o bem a título definitivo, o recurso a este instituto demonstrar-se-á deveras útil²²¹.

Por outro lado, nas situações em que se verifique o inadimplemento do devedor e, consequentemente, a execução da garantia, é mais vantajoso permitir que a propriedade do bem se consolide na esfera jurídica do beneficiário da garantia ou que este proceda à sua alienação extrajudicial.

Dada a necessidade de avaliação do bem²²², assegura-se ao devedor que o credor lhe restituirá um eventual excesso resultante da venda e que será responsabilizado, nos

²¹⁸DIAS [2007:440]

²¹⁹Referimo-nos à regra geral prevista para o penhor, prevista no art. 669º, que estabelece a necessidade de tradição (ainda que simbólica) do bem para a constituição do penhor.

²²⁰Com efeito, “ao credor/comprador do bem não interessa aqui, a maior parte das vezes, a posse do bem, a qual se converte muitas vezes para ele numa fonte de problemas relacionados com a sua guarda e armazenamento.” DIAS [2007:438]

²²¹No mesmo sentido, SCOZZAFAVA [2006:29]

termos da responsabilidade contratual se, por motivo que lhe seja imputável, tal remanescente não se verificar²²³.

Por seu turno, se o seu preço equivaler ou for inferior ao montante mutuado, não se levantarão especiais questões: na primeira hipótese a obrigação considerar-se-á cumprida; na segunda, apenas responderá pela diferença de montantes, extinguindo-se parcialmente a dívida.

Revela-se mais vantajoso do que a venda executiva, onde a morosidade, os custos elevados e a burocracia imperam, do ponto de vista do credor, e na qual os bens são adjudicados por um preço consideravelmente inferior ao valor de mercado, do ponto de vista do devedor.

Com efeito, segundo GABRIELA DIAS, é de conhecimento geral “o fenómeno brutal da desvalorização dos bens nesse tipo de vendas face ao seu valor real ou de mercado, atendendo a factores como a urgência, a ausência de negociações prévias e o estado de necessidade do vendedor.”²²⁴

As vantagens do recurso à alienação fiduciária em garantia no âmbito negocial - em detrimento das garantias reais tradicionais - estendem-se, indiscutivelmente, a ambos os contraentes.

Dada a segurança que lhe está associada, é um mecanismo impulsionador de concessão de crédito à comunidade em geral, permitindo o estabelecimento de taxas de juro mais atraentes para o devedor²²⁵ e que poderá configurar – mediante uma ponderação adequada - um contributo notável para o desenvolvimento económico, na medida em que será propício, via de regra, ao aumento do consumo.

²²²Em obediência, como se viu, ao pacto marciano.

²²³A lei reprova o incumprimento da obrigação que seja originado pela falta de diligência ou conduta dolosa do contraente. LIMA E VARELA [1986:54]

²²⁴DIAS [2007:439]

²²⁵ANDRADE [2007:68 e 73]

Conclusão

Na presente dissertação tivemos em vista a realização de uma análise da alienação fiduciária em garantia enquanto figura jurídica geral e autónoma, ou seja, fora do âmbito do DL nº 105/2004, de 08/05.

Do estudo realizado podemos concluir que se trata de um negócio que, em abstrato, se afigura perfeitamente lícito e válido, na medida em que não viola normas ou princípios jurídico-civilísticos do ordenamento português. De facto, tal conclusão já havia sido demonstrada pela doutrina maioritária, culminando na posituação deste instituto no âmbito do DL suprarreferido, cujo âmbito de aplicação se circunscreve aos contratos de garantia financeira.

Com efeito, o risco de ilicitude que se poderá verificar neste negócio jurídico não divergirá daquele que se encontra ínsito a todo e qualquer contrato. Assim, impor-se-á o recurso à *interpretatio*, tendo por fim a realização de uma apreciação casuística que atente na *voluntas* que teve por base a celebração da convenção, nos precisos termos em que a mesma foi firmada.

Conquanto, em virtude de não se encontrar expressamente previsto, no direito vigente, o seu recorte jurídico dependerá da vontade dos contraentes, conforme o que se revelar mais adequado aos interesses visados no caso concreto. Assim, tal amplitude negocial – ao abrigo do art. 405º - não só poderá redundar num risco acentuado para o fiduciante como, de igual modo, poderá suscitar uma enorme insegurança do tráfego jurídico.

Nesta medida, dada a função do Direito prosseguir, por um lado, os ditames de justiça e – tanto quanto possível – de igualdade da posição jurídica dos contraentes e, por outro lado, a devida segurança jurídica quanto à situação dominial dos bens, cremos ser necessária uma regulamentação normativa que atenuie o carácter fiduciário do negócio, por forma a diminuir os riscos ínsitos à prestação da garantia pelo devedor, designadamente de perda do bem, e que assegure a publicidade da constituição e extensão da garantia.

Nesta medida, logramos extrair os traços fundamentais que deverão enformar, em nossa opinião, uma eventual posituação do contrato. Consideramos, então, ser necessário impor - enquanto requisito de validade negocial – a sujeição a requisitos de

forma, assegurando que o pacto fiduciário seja suficientemente claro para marcar a distinção perante uma simples transmissão da propriedade e, mais ainda, que seja sujeito a registo, por forma a assegurar a publicidade da situação do bem, transmitido com função garantística ao fiduciário, a terceiros.

Tendo em vista a proteção da posição jurídica do fiduciante, dever-se-á configurar a propriedade como resolúvel, à luz do art. 1307º do CC, de forma a que, por efeito do cumprimento, a mesma seja transmitida *ope legis* àquele. Do mesmo modo, afigurar-se-nos-á necessária a previsão expressa da impenhorabilidade do bem no âmbito de ação movida contra o fiduciário, porquanto o mesmo não se destina à sua esfera jurídica em termos definitivos, mas somente durante o lapso temporal em que subsiste a relação de garantia. Dever-se-á, igualmente, prever o conteúdo mínimo do contrato que se visa garantir e a forma de extinção da garantia, prevendo uma relação incindível entre o contrato garantido e o que procede à alienação, de modo a que as vicissitudes daquele se repercutam, necessariamente, neste.

O Direito, enquanto facto social, não poderá deixar de ter em consideração as aspirações dos sujeitos e as práticas a que estes comumente recorrem em vista da satisfação das suas necessidades. Uma vez que o recurso à alienação fiduciária em garantia é, indiscutivelmente, cada vez mais frequente no comércio jurídico e na medida em que estão reunidas as condições para tal de *iure constituto*, urge a sua consagração normativa.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Carlos Ferreira de - “Alienação da propriedade em garantia - uma perspetiva prudente” in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, , vol.I, Revista de Direito e Justiça, Universidade Católica Portuguesa, 2011

- *Contratos II*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2011

ALVES, Hugo Ramos – *Do Penhor*, Almedina, 2010

ANDRADE, Manuel A. Domingues de – *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 7ª edição, reimpressão, Almedina, 1992

ANDRADE, Margarida Costa – “A Propriedade Fiduciária” in *Separata de II Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral* (Coimbra – 10 e 11 de Maio de 2007), Centro de Estudos Notariais e Registais, Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, Coimbra Editora, 2009

ASCENÇÃO, José de Oliveira – *Tipicidade dos Direitos Reais*, Livraria Petroy, Lisboa, 1968

BARRIÈRE, François – “La Fiducie – Sûreté en Droit Français” in *McGill Law Journal - Revue de droit de McGill*, vol.58 n°4, 2013. http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/28992-Article__6__Barriere_2.pdf, consult. em 25/02/2018

BOTTINI, Paolo/ Gabrio Lavazzari - “Analisi del negozio fiduciário in Svizzera” in *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, coord. por Angelo Barba e Duccio Zanchi, G. Giappichelli Editore, 2012 https://www.baerkarrer.ch/publications/16_52_3311Capitolo2Sezione6Bottini219-244.pdf, consult. em 16/04/2018

CAMPOS, Diogo Leite de – “A Alienação em Garantia” in *Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal*, 150.º Aniversário (1846-1996), Banco de Portugal Lisboa, 1998

CAMPOS, Maria Isabel Helbling Menéres - *Contributo para o estudo da reserva de propriedade: em especial a reserva de propriedade a favor do financiador*, Coimbra, 2009

CARVALHO, Orlando de – “Negócio Jurídico Indireto” in *Boletim da Faculdade de Direito*, Suplemento X, Universidade de Coimbra, 1953

– “*Direito das Coisas*, Coimbra Editora, 2012

COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira – *Contratos complexos e complexos contratuais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015

CORDEIRO, António Menezes – *Direito Bancário*, 4ª edição, Almedina, 2008

– *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo IV, Almedina, 2010

COSTA, Mário Júlio de Almeida – *Direito das Obrigações*, 6ª edição rev. e at., Almedina, 1994

DAMY, Maître – *L'introduction de la fiducie en droit français par la loi du 19 février 2007*, 2007. <https://www.wengo.fr/juridique/blog/1358163/2808-l-introduction-de-la-fiducie-en-droit-francais-par-la-loi-du-19-fevrier-2007>, consult. em 18/02/2018

DIAS, Gabriela Figueiredo - “A reserva de propriedade” in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, vol. III, Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 2007

EPIFÂNIO, Maria do Rosário – *Direito da Insolvência*, Almedina, 6ª edição, 2016

FERNANDES, Luís A. Carvalho – “A Admissibilidade do Negócio Fiduciário no Direito Português” in *Estudos sobre a Simulação*, Quid Juris, Lisboa, 2004

FERNANDES, Luís A. Carvalho/João Labareda – *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, vol. I (Artigos 1.º a 184.º), Quid Juris, Lisboa, 2005

FERREIRA, Miguel Albino dos Santos – *A Face Oculta dos Privilégios Creditórios: reflexão crítica sobre a sua intervenção no concurso de garantias reais*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016

GRAÇA, Diogo Macedo – *Os Contratos de Garantia Financeira*, Almedina, 2010

GRASSETII, Cesare – “Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordenamento giuridico” in *Riv. Dir. Comm.*, 1936.

http://www.academia.edu/33042492/Cesare_Grassetti_Del_negozio_fiduciario_e_della_sua_ammissibilit%C3%A0_nel_nostro_ordinamento_giuridico_1936 consult. em 16/04/2018

GIGLIO, Daniele – “Il divieto del patto comissório ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia, alla luce delle novità introduce dal d.l.3 maggio” 2016 n.º59 in *Rivista di diritto dell’economia, dei trasporti e dell’ambiente*, Giureta, 2016.

http://www.giureta.unipa.it/phpfusion/images/articles/2016/13_Giglio_DirPriv_07112016.pdf, consult. em 18/04/2018

GOMES, Manuel Januário da Costa – *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coimbra, Almedina, 2000

GOMES, Júlio Manuel Vieira – *Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano* in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 8, Braga: CEJUR., 2004

GONZÁLEZ, José Alberto – “Alienação em garantia e negócios afins: delimitação de fronteiras in Lição para provas de agregação”, *Lusíada*, Lisboa, n.º 10, 2012. <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/191>, consultado em 20/01/2018

HÖRSTER, Henrich Ewald – *A parte geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 2000

JUSTO, António dos Santos – “Direito Privado Romano II (Direito das Obrigações)”, in *Studia Iuridica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003

LEITÃO, Menezes – *Garantias das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2012

LIMA, Pires de / Antunes Varela – *Código Civil anotado*, vol. III (Artigos 1251.º a 1575.º), 2ª ed. rev. e at., Coimbra Editora Limitada, 1984

– *Código Civil anotado*, vol. II (Artigos 762º a 1250º), 3ª edição rev. e at., Coimbra Editora, 1986

LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula – “Breves considerações sobre a importância da alienação fiduciária em garantia e a necessidade de uma nova

interpretação do pacto comissório” in *Civilistica.com*, 2014. <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Lima-civilistica.com-a.3.n.1.2014.pdf> consult. em 01/04/2018

MARIANO, João Cura – *Impugnação Pauliana*, Almedina, Coimbra, 2004

MARQUES, JOÃO PAULO FERNANDES REMÉDIO – “Locação financeira restituiva (Sale and Lease-Back) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e ação executiva” in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol.77, 2001

MARTINEZ, Pedro Romano/Fuzeta da Ponte – *Garantias de Cumprimento*, 5.^a edição, Almedina, 2006

MATOS, Isabel Andrade de – *O pacto comissório: contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*, Almedina, 2006

MATTA, Tiago Reis de Athayde Matta – “Da garantia fiduciária no âmbito do sistema financeiro” in *Garantias das Obrigações*, Publicação dos Trabalhos de Mestrado, Coord. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, Almedina, 2007

PIRES, Catarina Monteiro – *Alienação em Garantia*, Almedina, 2010

PIRES, Miguel Lucas – *Dos privilégios creditórios: regime jurídico e sua influência no concurso de credores*, Almedina, 2004

POMPEO, Valeria – *La frode alla legge nel diritto interno e l'uniformazione europea della disciplina dei contratti*, Università degli Studi Roma Tre, 2010. http://dspace-roma3.caspur.it/bitstream/2307/640/1/La%20frode%20alla%20legge%20nel%20diritto%20interno%20e%20l'uniformazione%20europea%20della%20disciplina%20dei%20contratti_.pdf consult. em 05/03/2018

ROPPO, ENZO – *O contrato*, Almedina, Coimbra, 2004

SANTOS, JOSÉ BELEZA DOS – *A Simulação em Direito Civil*, Coimbra Editoria, 1921

SCOZZAFAVA, Oberdan Tommaso – “Note in tema di alienazione a scopo di garanzia” in *Contratto e impresa*, 2006

SERRA, ADRIANO PAIS VAZ – “Cessão de créditos ou de outros direitos”, *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, número especial, 1955

– “Direito das Obrigações (com exceção dos contratos em especial), Anteprojeto” *in Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, 1960

SILVA, João Calvão da – “Garantias acessórias e garantias autónomas” *in Estudos de direito comercial (pareceres)*, Almedina, Coimbra, 1996

– “Contratos coligados, venda em garantia e promessa de revenda”, *in Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 133, n.ºs 3911 e 3912, Junho-Julho, 2000, Coimbra Editora, Coimbra

– *Banco, Bolsa e Seguros – Direito Europeu e Português*, Tomo I – Parte Geral, 4ª edição rev. e at. 2013

TELES, Inocência Galvão – *Manual dos Contratos em Geral*, 3ª edição, Almedina, 1965

– *Direito das Obrigações*, 4ª edição, Coimbra Editora, 1982

TOMÉ, Maria João Vaz/ Campos, Diogo Leite de – *A propriedade fiduciária (Trust): Estudo para a sua consagração no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1999

VARELA, João Matos Antunes de – *Das Obrigações em Geral*, Vol.1, 10ª edição rev. e at., Almedina, Coimbra, 2003

VASCONCELOS, Luís Pestana de – VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana - *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência - Em Particular da posição do Cessionário na Insolvência do Cedente*, Coimbra Editora, 2007

– “A venda a retro como instrumento de concessão de crédito garantido: do direito civil ao direito bancário” *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2007. <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/60794/2/49696.pdf> consult. em 15/03/2018

– *Direito das Garantias*, Almedina, 2010

VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Em tema de negócio fiduciário*, Dissertação apresentada no Curso de Pós Graduação em Ciências Jurídicas, 1985~

– *Contratos atípicos*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 1995

VENTURA, Raúl – “Contrato de compra e venda no Código Civil” in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 43, 1987

VIEIRA, José Alberto C. – *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 2008

Jurisprudência citada²²⁶

Ac. do STJ de 16-3-11, proc. nº279/2002.E1.S1, relator Lopes do Rego

Ac. do STJ de 30-9-2014, proc. nº 844/09.8TVLSB.L1.S1, relator Maria Clara Sottomayor

Ac. TRP de 5/2/2013, proc. nº 4867/06.0TBVLG.P1, relatora Márcia Portela

Ac. do STJ de 11-5-2006, proc. nº06B1501, relator Salvador da Costa

Ac. do TRC de 18-7-07, proc. nº 22/06.8TB SBG.C1, relator Jorge Arcanjo

Ac. do STJ de 02-02-99, proc. nº 99B670, relator Simões Freire

²²⁶Toda a jurisprudência citada pode ser consultada em www.dgsi.pt